

**Auswirkungen des Konkurses des Bankkunden
auf den Überweisungs- und Lastschriftverkehr**

INAUGURAL-DISSERTATION

**zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster**

vorgelegt von

**Thomas Remmerbach
aus Stadthagen**

1986

Auswirkungen des Konkurses des Bankkunden
auf den Überweisungs- und Lastschriftverkehr

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechtswissen-
schaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von:
Thomas Remmerbach
aus Stadthagen

1986

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Helmut Kollhosser
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Hans Brox
Dekan: Prof. Dr. Dr. Albert Bleckmann
Tag der mündlichen Prüfung: 16. Juni 1986

Handwritten text at the top of the page, likely a header or title.

Handwritten text line, possibly a date or location.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Handwritten text line.

Für Mielken

Handwritten text at the bottom of the page, possibly a signature or date.

Handwritten text at the bottom of the page, possibly a signature or date.

Vorwort

Dank sagen möchte ich Herrn Prof.
Dr. Helmut Kollhosser für die
Betreuung der Arbeit, Herrn Prof.
Dr. Hans Brox für die Zweitbegut-
achtung sowie Herrn Dr. Reinhard
Bork für die förderliche Kritik.

Hamburg, im August 1984

Thomas Remmerbach

Abkürzungsverzeichnis

AGB/B	= Allgemeine Geschäftsbedingungen der privaten Banken
BI	= Bank-Information
Grdl.	= Grundlegend
K/U	= Kuhn/Uhlenbruck
ZgKW	= Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen

Sonstige Abkürzungen nach:

Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
3. Aufl., Berlin 1983

und

Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache und
der Fremdwörter, 19. Aufl., Mannheim, Wien, Zürich 1986

Literaturverzeichnis

- Aden, Das Konkursrecht: Einführung für Juristen und Kreditpraktiker, Wiesbaden 1983
- Aepfelbach, Weiterleitung von Überweisungen nach Beendigung der Kontoverbindung, BI 1981, Heft 6, 42 - 44
- Axer, Anmerkung zu OLG Köln, (WM 1983, 190), WM 1983, 192-195
- Badde, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte im Lastschriftabkommen der Banken?, Diss. Münster 1979
- Bauer, Der Widerspruch des Zahlungspflichtigen im Lastschriftverfahren, WM 1981, 1186-1199
- ders., Der Zeitpunkt der Einlösung von Lastschriften und Schecks, WM 1983, 198-207
- Baumbach/Duden/Hopt, Handelsgesetzbuch, 26. Aufl., München 1985
- Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 13. Aufl., München 1985
- Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl., Heidelberg 1983
- Benstz, Die Banküberweisung im Konkurs, BB 1949, 500-502
- Blaurock, Das Anerkenntnis beim Kontokorrent, NJW 1971, 2206-2209
- Böhle-Stammschräder/Kilger, Konkursordnung, 14. Aufl., München 1983
- Bork, Grundprobleme des Lastschriftverfahrens, JA 1986, 121-128
- Breit, Die Grundlagen des internen Scheckrechts, ZHR 64 (1909), 445-529
- Brodmann, Zur Lehre vom Girovertrage, ZHR 48 (1899), 121-171
- Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 8. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1984

- Buchal, Problematische Urteile zum Lastschriftverkehr, Die Sparkasse 1978, 24-27
- ders., Neues Urteil des BGH zum Lastschriftverfahren, Die Sparkasse 1979, 147-149
- ders., BGH zum Mißbrauch des Lastschriftverfahrens, Die Sparkasse 1979, 351-352
- Buck, Der Widerspruch des Konkursverwalters gegen Lastschriften, die im Einzugs-ermächtigungsverfahren eingezogen wurden, KTS 1980, 97-100
- Bundschuh, Neuere Rechtsprechung des BGH zum Bankrecht, Köln 1982
- Canaris, Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, in: Festschrift für Larenz, München 1973, 799-865 (zit.: Canaris, Festschrift für Larenz)
- ders., Aktuelle insolvenzrechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs und des Effektenwesens, in: Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977, Köln, Berlin, Bonn, München 1977, 73-109 (zit.: Canaris, Festschrift-Konkursordnung)
- ders., Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden, ZHR 143 (1979), 113-138
- ders., Der Bereicherungsausgleich im bargeldlosen Zahlungsverkehr, WM 1980, 354-371
- ders., Zur Anfechtbarkeit bei Abbuchungsaufträgen mittels Lastschrift im Konkurs des Schuldners, ZIP 1980, 516-518
- ders., Bankvertragsrecht, Großkommentar zum HGB, Band 3, Teil 3, 2. Bearbeitung 1981 (zit.: Canaris, Rn. ...)
- Denck, Der Mißbrauch des Widerspruchsrechts im Lastschriftverfahren, ZHR 144 (1980), 171-191

- Düringer/Hachenburg, Das HGB, IV. Band, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
(zit.: Düringer/Hachenburg/Be-
arbeiter)
- Engel, Rechtsprobleme um das Lastsschrift-
verfahren, Karlsruhe 1966
- Enneccerus/
Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1960
- Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch, 1. Band, 7. Aufl., Münster
1981
(zit.: Erman/Bearbeiter)
- Fallscheer/Schlegel, Das Lastschriftabkommen, Entwicklung
und Rechtsprobleme, Köln, Berlin,
Bonn, München 1977
- Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, Zweiter Band, Das Rechts-
geschäft, 3. Aufl., Berlin, Heidel-
berg, New York 1979
- Franke, Rechtsfragen im Bereich des Last-
schriftverfahrens, DB 1973,
1055-1058
- Fürst, Der Scheck im Konkurs des Ausstellers,
LZ 1908, 407 - 414
- Gerth, Die Konkursanfechtung einer zulässigen
Aufrechnung, BB 1978, 689 - 690
- Gregor, Grundlagen und verfahrenstypische Risi-
ken des Lastschriftverfahrens,
Diss. jur. Augsburg 1981
- Grigat, Die Verrechnung im Kontokorrent, NJW
1952, 812 - 813
- Hadding, Zur zivilrechtlichen Beurteilung des
Lastschriftverfahrens, in: Festschrift
für Bärman, München 1975, 375 - 393
(zitiert: Hadding, Festschrift für Bär-
man)
- ders., Das Lastschriftverfahren in der Recht-
sprechung, WM 1978, 1366 - 1380
- ders., Drittschadensliquidation und "Schutz-
wirkungen für Dritte" im bargeldlosen
Zahlungsverkehr, in: Festschrift für
W. Werner, Berlin, New York 1984,
165-199
- Hadding/Häuser, Rechtsfragen des Lastschriftverfah-
rens, Köln 1981

- Hadding/Häuser, Rechtsfragen des Giroverhältnisses,
ZHR 145 (1981), 138 - 173
- dies., Zur Neufassung des Abkommens über den
Lastschriftverkehr, WM 1983, Sonder-
beilage Nr. 1
- Hagenmüller/Diepen, Der Bankbetrieb, 9. Aufl., Wiesbaden
1982
- Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkurs-
ordnung, Berlin 1881
- Häuser, Anmerkung zu LG Essen (WM 1983, 1297),
WM 1983, 1299
- Hegel, Lastschriftverfahren und Widerspruchs-
recht, Die Bank 1981, 611 - 617
- ders., Der Mißbrauch des Widerspruchsrechts
beim Lastschriftverfahren in Fallgrup-
pen, Die Bank 1982, 74 - 79
- Heile, Die Anweisung im Konkurs des Anweisen-
den, Göttingen 1976
- Hellner, Die Änderungen in den Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen der Banken, ZgKW
1976, 132 - 136
- ders., Rechtsprobleme des Zahlungsverkehrs,
ZHR 145 (1981), 109 - 137
- Hess/Kropshofer, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl.,
Neuwied, Darmstadt 1985
- Hildebrandt, Anmerkung zu OLG Dresden (JW 1933,
2527), JW 1933, 2528 - 2529
- Holschbach, Risiken der Forderungseinziehung im
Lastschriftverfahren, DB 1977, 1933-
1936
- Jaeger, Konkursordnung, Erster Band, §§ 1 - 70
KO, 8. Aufl., Berlin 1958 (zitiert:
Jaeger/Lent)
1. Lieferung §§ 1 - 9, 9. Aufl., Ber-
lin, New York 1977,
2. Lieferung §§ 10 - 18, 9. Aufl.,
Berlin, New York 1980,
3. Lieferung §§ 19 - 28, 9. Aufl.,
Berlin, New York 1982
(9. Auflage zitiert: Jaeger/Henckel)
- Jakfeld, Zum Risiko des Lastschrifteinzugsver-
kehrs, ZgKW 1977, 152 - 156
- Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht,
17. Aufl., München 1985

- Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., München 1984 (zitiert: Jauernig/Bearbeiter)
- Joussen, Konzernverrechnungsklauseln - Anmerkungen zu BGH ZIP 1981, 880, ZIP 1982, 279 - 287
- Kindermann, Gutschrift und Belastung im Geldüberweisungsverkehr, WM 1982, 318 - 325
- Klein, Die Zahlungseinstellung des Girokunden, ZHR 55 (1904), 181 - 202
- Koller, Die Bedeutung der dem Überweisungsbeünstigten erteilten Gutschrift im Giroverkehr, BB 1972, 687 - 692
- Kollhosser, Die Verfügungsbefugnis bei sog. Sperrkonten, ZIP 1984, 389 - 397
- Kübler, Der Einfluß der Konkurseröffnung auf den Überweisungsverkehr des Gemeinschuldners, BB 1976, 801 - 806
- Kümpel, Die Aufrechnungsbefugnis der Bank bei Zahlungseingängen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, Bank-Betrieb 1967, 342 - 348
- ders., Zur Neufassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, WM 1976, Sonderbeilage Nr. 1
- Kuhn/Uhlenbruck, Kommentar zur Konkursordnung, 10. Aufl., München 1985 (zit.: K/U)
- Kupisch, Bankanweisung und Bereicherungsausgleich, WM 1979, Sonderbeilage Nr. 3
- ders., Der Bereicherungsausgleich bei irrtümlicher Durchführung der widerrufenen Anweisung, ZIP 1983, 1412 - 1420
- Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., München 1983 (zitiert: Larenz, AT)
- ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 1982 (zitiert: Larenz, Schuldrecht I)
- ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981 (zitiert: Larenz, Schuldrecht II)
- Lüke/Philippi, Haftung der einlösenden Bank im Lastschriftverfahren - OLG Düsseldorf NJW 1977, 1403, JuS 1978, 304 - 308

- Lwowski, Kreditsicherheiten, 5. Aufl., Berlin 1982
- Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Band I, Stand 1983, München 1983 (zitiert: Bearbeiter, in Maunz/Dürig/Herzog)
- Medicus, Bürgerliches Recht, 12. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1984
- Merz, Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln 1982
- ders., Anmerkung zu BGH LM Nr. 42 zu § 30 KO
- Meyer, Der Bereicherungsausgleich in Dreiecksverhältnissen, Diss. jur. Köln 1979
- Meyer-Cording, Das Recht der Banküberweisung unter besonderer Berücksichtigung der steckengebliebenen Überweisungen, Tübingen 1951
- Michaelis, Scheckgesetz, Berlin 1927
- Möschel, Fehlerhafte Banküberweisung und Bereicherungsausgleich, JuS 1972, 297-305
- Mohrbutter, Handbuch der Konkurs- und Vergleichsverwaltung, 5. Aufl., Köln 1985
- Moormann, Anmerkung zu BGH LM Nr. 26 zu § 30 KO
- Münchener Kommentar, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, AGB-Gesetz, 2. Aufl., München 1985
Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., München 1985,
Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Halbband, 2. Aufl., München 1986
(zit.: MünchKomm/Bearbeiter)
- Mütze, Das Fehlerrisiko im bargeldlosen Zahlungsverkehr unter besonderer Berücksichtigung des Lastschriftverfahrens, Diss. jur. Köln 1980
- Obermüller, Manfred Die rechtliche Stellung des Kreditinstituts im Konkurs des Bankkunden, Diss. jur. Würzburg 1972

- ders., Konkurs und Vergleich, in: Bankrecht und Bankpraxis, Band III, 15. Teil, Loseblattwerk in vier Bänden, bank verlag Köln 1979
(zit.: Obermüller, BuB III, Rn. ...)
- ders., Probleme des Zahlungsverkehrs bei Konkurs des Bankkunden, Die Bank 1979, 495-500
- ders., Zahlungsverkehr bei Insolvenz des Empfängers - Warnpflicht der Empfängerbank, ZIP 1981, 1045-1051
- ders., Die Bank im Konkurs ihres Kunden, 2. Aufl., Wiesbaden 1982
(zit.: Obermüller, Rn. ...)
- Obermüller, Walter Sicherungsrechte der Bank beim Dokumenteninkasso, in: Festschrift für Bärmann, München 1975, 709-721
- Ohse, Anmerkung zu OLG Hamburg (JW 1931, 548)
JW 1931, 549
- Olzen, Anmerkung zu BGH (JR 1979, 329),
JR 1979, 331-332
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 45. Aufl., München 1986
(zit.: Palandt/Bearbeiter)
- Philipowski Rezension zu Fallscheer/Schlegel, AcP 179 (1979), 295-297
- Pinger, Was leistet der Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht? AcP 179 (1979), 301-336
- Pleyer/Holschbach, Lastschriftverfahren und Monopolmißbrauch, DB 1972, 761-765
- Pohl, Der Zahlungsverkehr der Bank mit dem Kunden während der Krise und nach Vergleichseröffnung, Diss. jur. Bielefeld 1982
- Polke, Der Zahlungsverkehr der Banken im In- und mit dem Ausland, München 1978
- Putzo, Erfüllung mit Buchgeld und die Haftung der Beteiligten wegen ungerechtfertigter Bereicherung, Diss. jur. Münster 1977
- Quassowski/Albrecht, Scheckgesetz, Berlin 1934

- Reinhardt, Der praktische Fall - Zivilrecht,
JuS 1981, 527-531
- Reiser, Abkommen über den Lastschriftverkehr
aktualisiert, Die Bank 1982, 375-383
- Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung,
Tübingen 1983
- Reyher/Sperl, Der Lastschrifteneinzugsverkehr, Merk-
blatt NF 2, Deutscher Sparkassenver-
band, Stuttgart 1977
- Reyher/Terpitz, Der Lastschriftverkehr, Merkblatt
NF 81, Deutscher Sparkassenverband,
Stuttgart 1982
- RGRK-BGB, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit beson-
derer Berücksichtigung der Recht-
sprechung des Reichsgerichts und des
Bundesgerichtshofes, Band II, 4. Teil
§§ 823-831, 12. Aufl., Berlin, New
York 1981
(zit.: Bearbeiter, in RGRK-BGB)
- RGRK-HGB, Großkommentar zum HGB,
Begründet von hermann Staub, weiterge-
führt von Mitgliedern des Reichsge-
richts, Dritter Band, 2. Halbband,
§§ 352-372, Berlin, New York 1978
(zit.: Bearbeiter, in RGRK-HGB; in
bezug auf den Anhang zu § 355, Cana-
ris, (Vorauslage), Rn. ...)
- Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
Früher herausgegeben von Mitgliedern
des Reichsgerichts, Dritter Band
(§§ 343-372), Zweite Aufl., Berlin
1963
(zit.: Bearbeiter, in RGRK-HGB²)
- Sandberger, Grundlagen und Grenzen des Wider-
spruchsrechts beim Lastschriftver-
fahren, JZ 1977, 285-290
- Schlegelberger, Kommentar zum HGB, Band IV, 5. Aufl.,
München 1976
(zit.: Schlegelberger/Bearbeiter)
- Schmidt, Mitteilung von BGH NJW 1976, 1845,
JuS 1976, 749-750
- Schoele, Das Recht der Banküberweisung,
Berlin 1937

- Schönke/Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1978
- Schönle, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., München 1976
- Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, 18. Ausgabe, Köln 1969
- Schwark, Bereicherungsansprüche bei Banküberweisungen, WM 1970, 1334-1336
- Siebel, Bankkreditgebühren und Kreditkündigung, BB 1954, 319-321
- Skrotzki, Lastschriftverfahren und Insolvenz, KTS 1974, 136-140
- Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978, Band 3, Schuldrecht II (§§516-704), 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1980, Band 4, Schuldrecht III (§§ 705-853), 11. Aufl., Stuttgart 1985 (zit.: Soergel/Bearbeiter)
- Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-610), 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 (zit.: Soergel/Siebert/Bearbeiter)
- Sperl, Risiken im Lastschriftverfahren, ZgKW 1977, 1052
- Staudinger, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 90-240, 12. Aufl., Berlin 1980, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657-740, 12. Aufl., Berlin 1980, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 812-822, 12. Aufl., Berlin 1979, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823-853, 11. Aufl., Berlin 1975 (zit.: Staudinger/Bearbeiter)
- Stierle, Der Bereicherungsausgleich bei fehlerhaften Banküberweisungen, Diss. jur. Heidelberg 1979
- Terpitz, Zur Neufassung des Lastschriftabkommens, Die Sparkasse 1982, 256-260

- ders., Die neuen Sonderbedingungen für den Lastschriftverkehr, Die Bank 1982, 305-308
- Uhlenbruck, Gläubigerberatung in der Insolvenz. Köln 1983
- ders., Neuere Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, JZ 1983, 875-884
- Ulmer, Gutschrift und Deckung im Bankrecht, SJZ 1948, 236-247
- von Usslar, Die Anfechtung der Verrechnung der Banken im Konkurs des Kunden, BB 1980, 916-919
- Weitnauer, Zwischenbilanz im Bereicherungsrecht, DB 1984, 2496-2501
- H.P. Westermann, Widerspruch gegen Belastungsbuchungen in Krise und Insolvenz des Lastschriftschuldners, in: Festschrift für H. Hübner, Berlin, New York 1984, 697. - 718
- von Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung, 6. Aufl., Berlin 1906
- Zschoche, Zur dogmatischen Einordnung des Lastschriftverfahrens unter besonderer Berücksichtigung der Vertrauensstrukturen, Berlin 1981

Gliederung

	Seite
Einleitung	1
1. Teil: Auswirkungen des Konkurses des Bankkunden auf den Überweisungsverkehr	4
1. Kapitel: Grundlagen und rechtliche Einordnung des Überweisungsverkehrs	4
2. Kapitel: Konkurs des Überweisungsauftraggebers	13
A. Durchführung des Überweisungsauftrages vor Konkursöffnung	13
I. Verpflichtung zur Durchführung	13
1. Vor Zahlungseinstellung	13
2. Nach Zahlungseinstellung	13
3. Begriff und Zeitpunkt der Durchführung des Überweisungsauftrags	14
a) Hausüberweisung	14
b) Außerbetriebliche Überweisung	15
aa) H.M.	15
bb) Ansicht von Hadding/Häuser	16
cc) Stellungnahme	17
II. Rechtsfolgen des vor Konkursöffnung durchgeführten Überweisungsauftrags im Deckungsverhältnis Schuldnerbank - Überweisungsauftraggeber	20
1. Entstehen eines Aufwendungsersatzanspruchs gem. § 670 BGB zugunsten der Bank	20

	Seite
2. Wirksamkeit der Verrechnung des Anspruchs aus § 670 BGB gegen einen Gut-habensaldo, § 55 KO	21
a) Ablauf der kontokorrentmäßigen Rechnungsperiode vor Konkurseröffnung	22
b) Ablauf der kontokorrentmäßigen Rechnungsperiode nach Konkurseröffnung - Einfluß des Konkurses auf das Kontokorrent	23
aa) H.M.: Erlöschen des Kontokorrents ipso iure mit Konkurseröffnung	23
bb) Ansicht ^{T. v. Gu.} Canaris: Anwendung des § 15 S. 1 KO auf die antizipierte Kontokorrentabrede und den antizipierten Verrechnungsvertrag	24
cc) Stellungnahme	25
3. Anfechtbarkeit der Verrechnung	26
a) § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO	26
b) § 30 Nr. 1 1. Halbs. KO	29
III. Rechtsfolgen des vor Konkurseröffnung durchgeführten Überweisungsauftrags im Valutaverhältnis Überweisungsauftraggeber - Überweisungsempfänger	30
1. Eintritt der Erfüllung im Falle einer Gutschrift	30
2. Anfechtbarkeit der Gutschrift	31

	Seite
a) Gutschrift vor Zahlungseinstellung, § 30 Nr. 2 KO	31
b) Gutschrift nach Zahlungseinstellung, § 30 Nr. 1 2. Halbs. KO	32
IV. Ergebnis zu A: Durchführung des Überwei- sungsauftrags vor Konkurs- eröffnung	33
B Durchführung des Überweisungsauftrags nach Kon- kurseröffnung	34
I. Verpflichtung zur Durchführung	34
1. Grundsatz: Keine Verpflichtung, § 23 II KO	34
2. Ausnahme: § 23 I 2 KO i.V.m. § 672 S. 2 BGB	34
II. Rechtsfolgen des nach Konkursöffnung gut- gläubig oder versehentlich durchgeführten Überweisungsauftrags im Deckungsverhältnis Schuldnerbank - Überweisungsauftraggeber	36
1. Durchführung in Unkenntnis der Konkurs- eröffnung	36
a) Konto im Soll	36
b) Konto im Guthaben	37
aa) Geltung der §§ 23 I 2 KO, 674 BGB	37
bb) Geltung des § 8 KO	37
cc) BGH	38
dd) Stellungnahme	39
2. Durchführung in Kenntnis der Konkurs- eröffnung	42

	Seite
III. Rechtsfolgen des nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich durchgeführten Überweisungsauftrags im Valutaverhältnis Überweisungsauftraggeber - Überweisungsempfänger	43
1. Keine Erfüllung	43
2. Bereicherungsausgleich im Valutaverhältnis?	45
a) § 8 KO greift ein	45
aa) Ansicht von Canaris: § 812 I 1 2. Fall BGB (Eingriffskondiktion)	46
bb) Ansicht Henckels, Heiles: § 816 II analog	46
cc) Ansicht Meyers, Putzos: § 812 I 1 1. Fall BGB (Leistungskondiktion)	47
dd) Stellungnahme	47
b) § 8 KO greift nicht ein	56
IV. Rechtsfolgen des nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich durchgeführten Überweisungsauftrags im Zuwendungsverhältnis Schuldnerbank - Überweisungsempfänger	57
1. § 8 KO greift ein	57

2. § 8 KO greift nicht ein	57
a) Bank bösgläubig, Konto	
kreditorisch	57
aa) H.M.	57
bb) Ansicht Henckels	58
cc) Stellungnahme	59
b) Bank gutgläubig, Konto	
debitorisch	61
 V. Ergebnis zu B: Durchführung des Überwei-	
sungsauftrags nach Konkurs-	
eröffnung	65
 C Ergebnis zum 2. Kapitel: Konkurs des Überwei-	
sungsauftraggebers	66
 3. Kapitel: Konkurs des Überweisungsempfängers	67
 A Zahlungseingang vor Konkurseröffnung	67
 I. Verpflichtung zur Gutschrift	68
1. Warnpflicht der Empfängerbank	68
2. Stellungnahme	70
 II. Rechtsfolgen der vor oder nach Konkurseröff-	
nung erteilten Gutschrift im Inkassoverhält-	
nis Gläubigerbank - Überweisungsempfänger	81
 1. Entstehen eines Anspruchs aus Gut-	
schrift gem. § 780 BGB zugunsten des	
Überweisungsempfängers	81
 a) Erteilung der Gutschrift vor Kon-	
kurseröffnung	81
 b) Erteilung der Gutschrift nach	
Konkurseröffnung	82

	Seite
aa) Ansicht von Canaris	82
bb) Kritik	83
2. Wirksamkeit der Verrechnung eines Debetsaldos gegen den Anspruch aus § 780 BGB, § 55 KO	88
a) Erteilung der Gutschrift vor Kon- kurseröffnung	88
b) Erteilung der Gutschrift nach Kon- kurseröffnung	89
3. Anfechtbarkeit der Verrechnung, § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO	90
a) Anwendbarkeit des § 30 KO	90
aa) Früher h.M.: § 55 KO als lex specialis gegenüber § 30 KO	91
bb) Stellungnahme	91
b) Tatbestandliche Prüfung des § 30 KO	96
aa) Rechtshandlung	97
bb) Kongruenz oder Inkongruenz der Befriedigung	100
cc) Begünstigungsabsicht und Zeit- punkt der Bösgläubigkeit	102
(1) Begünstigungsabsicht	103
(2) Zeitpunkt der Gut- bzw. Bös- gläubigkeit	103
III. Rechtsfolgen der vor und nach Konkurser- öffnung erteilten Gutschrift im Valuta- verhältnis Überweisungsauftraggeber - Überweisungsempfänger	105

	Seite
IV. Ergebnis zu A: Zahlungseingang vor Konkureröffnung	106
B Zahlungseingang nach Konkureröffnung	108
I. Verpflichtung zur Gutschrift	108
1. Grundsatz: Keine Verpflichtung, § 23 II KO	108
2. Ausnahme: § 23 I 2 KO i.V.m. § 672 S. 2 BGB	108
3. Nachwirkende Pflicht zur Gutschrift gem. §§ 667, 242 BGB	109
II. Rechtsfolgen der nach Konkurs gutgläubig oder versehentlich dem Gemeinschuldner erteilten Gutschrift im Inkassoverhältnis Gläubigerbank - Überweisungsempfänger	114
1. Erteilung der Gutschrift in Unkenntnis der Konkureröffnung	114
a) Entstehen eines Anspruchs aus Gutschrift gem. § 780 BGB zugunsten des Gemeinschuldners	114
b) Wirksamkeit der Aufrechnung eines Debetsaldos gegen den Anspruch aus § 780 BGB, § 55 KO	116
2. Erteilung der Gutschrift in Kenntnis der Konkureröffnung	118
a) Entstehen eines Anspruchs aus Gutschrift gem. § 780 BGB zugunsten des Gemeinschuldners	118

	Seite
b) Wirksamkeit der Aufrechnung eines Debetsaldos gegen den Anspruch aus § 780 BGB, § 55 KO	118
III. Rechtsfolgen der nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich dem Ge- meinschuldner erteilten Gutschrift im Valutaverhältnis Überweisungsauftrag- geber - Überweisungsempfänger	119
IV. Ergebnis zu B: Zahlungseingang nach Kon- kurseröffnung	119
C Ergebnis zum 3. Kapitel: Konkurs des Überwei- sungsempfängers	120
4. Kapitel: Zusammenfassung	121
2. Teil: Auswirkungen des Konkurses des Bank- kunden auf den Lastschriftverkehr	122
1. Kapitel: Grundlagen und rechtliche Einordnung des Lastschriftverkehrs	122
A Einzugsermächtigungsverfahren	125
I. "Ermächtigungstheorie": Einzugsermächti- gung als Ermächtigung i.S.d. § 185 I BGB	125
1. Guthabenforderung des Zahlungspflich- tigen als Gegenstand der Ermächtigung	126
2. Weisungsrecht des Zahlungspflichtigen als Gegenstand der Ermächtigung	126
II. "Genehmigungstheorie": Rechtmäßiger Last- schrifteinzug erst bei nachträglicher Ge- nehmigung des Zahlungspflichtigen nach § 185 II BGB	127

	Seite
III. Kritik	128
B Abbuchungsauftragsverfahren	133
I. Lastschrift als tatsächliche Voraussetzung i.S.d. § 158 I BGB	124
II. Lastschrift als konkretisierende Lei- stungsbestimmung i.S.d. § 317 BGB	134
III. Lastschrift als Weisung i.S.d. § 665 BGB	137
C Ablauf des Lastschriftverfahrens	141
2. Kapitel: Konkurs des Zahlungspflichtigen	146
A Einlösung der Lastschrift vor Konkurseröffnung	146
I. Verpflichtung zur Einlösung	146
1. Rechtslage im Einzugsermächtigungs- und Abbuchungsauftragsverfahrens	146
2. Zeitpunkt der Einlösung	147
a) Belastungsbuchung	148
b) Manifestation des Einlösungswillens	148
aa) Vordisposition	149
bb) Nachdisposition	149
II. Rechtsfolgen der vor Konkurseröffnung eingelösten Lastschrift im Deckungsver- hältnis Schuldnerbank - Zahlungspflich- tiger	152
1. Entstehen eines Aufwendungsersatzan- spruchs gem. § 670 BGB zugunsten der Bank	152

	Seite
2. Wirksamkeit und Anfechtbarkeit der Verrechnung des Anspruchs aus § 670 BGB gegen einen Guthabensaldo, §§ 30, 55 KO	152
3. Besonderheiten im Einzugsermächtigungsverfahren - Widerspruchsrecht des Konkursverwalters gegenüber berechtigten Lastschriften im Interesse der Masseerhöhung?	153
a) Übergang des Widerspruchsrechts auf den Konkursverwalter	154
b) Irrelevanz des Konkursfalles auf den Umfang des Widerspruchsrechts	155
c) Grundsätzlich unbeschränktes Widerspruchsrecht des Zahlungspflichtigen und daher auch des Konkursverwalters	156
d) Beschränkungen aus § 242 BGB	160
aa) Ansicht des BGH	160
bb) Ansicht von Canaris	161
cc) Ansicht Dencks	162
dd) Stellungnahme	162
e) Rechtsfolgen des Mißbrauchs des Widerspruchsrechts im Deckungsverhältnis	168
aa) Widerspruch ist beachtlich - Anspruch der Konkursmasse auf Widergutschrift aus § 667 BGB	168
(1) Grundsatz	168
(2) Ausnahme	171
(a) Ansicht des BGH	172
(b) Kritik	172
bb) Wirksamkeit der Aufrechnung eines Debetsaldos gegen den Anspruch aus § 667 BGB, § 55 KO	176

cc) Anfechtbarkeit der Aufrechnung,	
§ 30 KO	178
(1) H.M.	
(2) Ansicht von Canaris	
(3) Stellungnahme	

III. Rechtsfolgen der vor Konkurseröffnung ein-	
gelösten Lastschrift im Valutaverhältnis	
Zahlungspflichtiger - Zahlungsempfänger	181
1. Eintritt der Erfüllung	181
2. Besonderheiten im Einzugsermächtigungs-	
verfahren, insbesondere nach Einlegung	
eines Widerspruchs	182
a) Eintritt der Erfüllung	182
b) Wegfall der Erfüllung nach Einle-	
gung eines Widerspruchs	184
c) Schadensersatzansprüche des Zah-	
lungsempfängers	187
aa) Anspruch gegen die Konkursmasse	187
(1) Aus pVV	187
(3) Aus § 826 BGB	190
bb) Anspruch gegen den Konkursver-	
walter	192
cc) Anspruch gegen die Zahlstelle	193
(1) Aus § 826 BGB	193
(2) Aus §§ 826, 830 II BGB	194
(3) Wegen Verletzung eines Ver-	
trages mit Schutzwirkung zu-	
gunsten Dritter	196
d) Bereicherungsanspruch gegen die	
Konkursmasse	202

	Seite
3. Anfechtbarkeit der Erfüllung, § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO	203
IV. Ergebnis zu A: Einlösung der Lastschrift vor Konkurseröffnung	205
B Einlösung der Lastschrift nach Konkurseröffnung	206
I. Verpflichtung zur Einlösung	206
1. Grundsatz: Keine Verpflichtung, § 23 II KO	206
2. Ausnahme: § 23 I 2 KO i.V.m. § 672 S. 2 BGB	206
II. Rechtsfolgen der nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich eingelösten Lastschrift im Deckungsverhältnis Schuld- nerbank - Zahlungspflichtiger	207
1. Einlösung in Unkenntnis der Konkurs- eröffnung	207
a) Konto im Soll	207
b) Konto im Guthaben	208
2. Einlösung in Kenntnis der Konkurser- öffnung	208
3. Besonderheiten im Einzugsermächti- gungsverfahren nach Einlegung eines Widerspruchs	209
III. Rechtsfolgen der nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich eingelösten Lastschrift im Valutaverhältnis Zahlungs- pflichtiger - Zahlungsempfänger	210
1. Keine Erfüllung	210

	Seite
2. Bereicherungsausgleich im Valuta- verhältnis?	210
a) § 8 KO greift ein	210
b) § 8 KO greift nicht ein	212
IV. Rechtsfolgen der nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich eingelö- sten Lastschrift im Zuwendungsverhält- nis Schuldnerbank - Zahlungsempfänger	213
1. § 8 KO greift ein	213
2. § 8 KO greift nicht ein	213
a) Bank bösgläubig, Konto kreditorisch	213
b) Bank gutgläubig, Konto debitorisch	216
V. Ergebnis zu B: Einlösung der Lastschschrift nach Konkurseröffnung	217
C Ergebnis zum 2. Kapitel: Konkurs des Zahlungs- pflichtigen	218
3. Kapitel: Konkurs des Zahlungsempfängers	219
A Einreichung der Lastschrift vor Konkurser- öffnung	219
I. Verpflichtung zur vorbehaltlichen Gut- schrift	219
1. Warnpflicht	219
2. Stellungnahme	220

	Seite
II. Rechtsfolgen der vor oder nach Konkurs- eröffnung eingelösten Lastschrift bei vor Konkurseröffnung erteilter Vorbehaltsgut- schrift im Inkassoverhältnis Gläubigerbank - Zahlungsempfänger	221
1. Entstehen eines Anspruchs aus Gut- schrift gem. § 780 BGB zugunsten des Zahlungsempfängers	221
2. Wirksamkeit der Verrechnung eines De- betsaldos gegen den Anspruch aus § 780 BGB, § 55 KO	224
3. Anfechtbarkeit der Verrechnung, § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO	226
a) Anwendbarkeit des § 30 KO	226
b) Tatbestandliche Prüfung des § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO	227
aa) Rechtshandlung	227
(1) Ziff. 44 S. 4 AGB/B kommt nicht zur Anwendung	228
(2) Ziff. 44 S. 4 AGB/B kommt zur Anwendung	230
(a) Ansicht der Lit.	230
(b) Stellungnahme	230
bb) Kongruenz oder Inkongruenz der Befriedigung	233
cc) Begünstigungsabsicht und Zeit- punkt der Gut- bzw. Bösgläubig- keit	233

	Seite
4. Besonderheiten im Einzugsermächtigungsverfahren nach Einlegung eines Widerspruchs	234
a) Einlegung des Widerspruchs vor Konkursöffnung	235
b) Einlegung des Widerspruchs nach Konkursöffnung	236
III. Rechtsfolgen der vor oder nach Konkursöffnung eingelösten Lastschrift bei vor Konkursöffnung erteilter Vorbehaltsgutschrift im Valutaverhältnis Zahlungspflichtiger - Zahlungsempfänger	239
1. Eintritt	239
2. Besonderheiten im Einzugsermächtigungsverfahren nach Einlegung eines Widerspruchs	240
IV. Ergebnis zu A: Einreichung der Lastschrift vor Konkursöffnung	242
B Einreichung der Lastschrift nach Konkursöffnung	243
I. Verpflichtung zur vorbehaltlichen Gutschrift	243
1. Grundsatz: Keine Verpflichtung, § 23 II Ko	243
2. Ausnahme: § 23 I 2 KO i.V.m. § 672 S. 2 BGB	243
3. Nachwirkende Pflicht zur vorbehaltlichen Gutschrift gemäß § 242 BGB	244

	Seite
II. Rechtsfolgen der nach Konkurseröffnung eingelösten Lastschrift bei nach Konkurs- eröffnung gutgläubig oder versehentlich erteilter Vorbehaltsgutschrift im Inkasso- verhältnis Gläubigerbank - Zahlungs- empfänger	245
1. Erteilung der vorbehaltlichen Gut- schrift in Unkenntnis der Konkurs- eröffnung	245
a) Entstehen eines Anspruchs aus Gut- schrift gem. § 780 BGB zugunsten des Gemeinschuldners	245
b) Wirksamkeit der Aufrechnung eines Debetsaldos gegen den Anspruch aus § 780 BGB, § 55 KO	247
2. Erteilung der vorbehaltlichen Gut- schrift in Kenntnis der Konkurseröff- nung	248
a) Entstehen eines Anspruchs aus Gut- schrift gem. § 780 BGB zugunsten des Gemeinschuldners	248
b) Wirksamkeit der Aufrechnung eines Debetsaldos gegen den Anspruch aus § 780 BGB, § 55 KO	249
3. Besonderheiten im Einzugsermächtigungs- verfahren nach Einlegung eines Wider- spruchs	250

III. Rechtsfolgen der nach Konkursöffnung eingelösten Lastschrift bei nach Konkurs- öffnung gutgläubig oder versehentlich erteilter Vorbehaltsgutschrift im Valuta- verhältnis Zahlungspflichtiger - Zah- lungsempfänger	250
IV. Ergebnis zu B: Einreichung der Last- schrift nach Konkurs- öffnung	251
C Ergebnis zum 3. Kapitel: Konkurs des Zahlungs- empfängers	251
4. Kapitel: Zusammenfassung	253
Fazit	254
Übersicht	255
Anhang 1: Abkommen über den Lastschriftver- kehr	
Anhang 2: Inkassovereinbarung	
Anhang 3: Abbuchungsauftrag	
Anhang 4: Auszug aus den Sonderbedingungen für den Lastschriftverkehr	
Anhang 5: Auszug aus den Allgemeinen Ge- schäftsbedingungen der privaten Banken	

Einleitung

Da es um Konkursauswirkungen geht, wird die Eröffnung eines Konkursverfahrens tatsächlich vorausgesetzt. Die in der Praxis durchaus häufigen Fälle der Abweisung eines Konkursantrages mangels Masse¹⁾ werden somit außer acht gelassen.

Dem Konkurs, d.h. dem formellen Konkurseröffnungsbeschluß gemäß § 108 I KO, gehen erfahrungsgemäß Tage oder Wochen der wirtschaftlichen Krise voraus. Diese Krise, auch materieller Konkurs genannt²⁾, wird herkömmlicherweise definiert als der Zeitraum zwischen Zahlungseinstellung bzw. Konkursantrag und Konkurseröffnung³⁾.

Ausweislich § 55 S. 1 Nr. 3 KO gehören auch Zahlungsvorgänge während der Krise zum Gegenstand einer konkursrechtlichen Arbeit. Wie sich aus § 30 Nr. 2 KO und der dort geforderten Zehntagefrist vor Zahlungseinstellung bzw. Konkursantrag ergibt,

1) Im Jahre 1985 wurden von 18.876 Anträgen 14.512 (= 76,9 %) mangels Masse abgelehnt; vgl. dazu ZIP 1986, 268.

2) K/U, § 30 Rn. 1.

3) Baur/Stürner, Rn. 1126; Jauernig, § 51 IV 1.

wird man sogar Überweisungen und Lastschriften in diesem "Vorkrisenzeitraum" dazu rechnen müssen⁴⁾.

Beim Überweisungs- und Lastschriftverkehr sind mehrere Personen beteiligt. Bereits der einfachste Fall, in dem Gläubiger und Schuldner ihr Girokonto bei derselben Bank unterhalten, umfaßt drei Personen. Folglich bestehen auch zumindest drei Rechtsverhältnisse, nämlich das des Schuldners zu seinem Gläubiger, das sogenannte Valutaverhältnis, das des Schuldners zu seiner Bank, das sogenannte Deckungsverhältnis sowie das des Gläubigers zu seiner Bank, hier als Inkassoverhältnis bezeichnet⁵⁾. Da es um den Konkurs des Bankkunden geht, könnte man annehmen, daß lediglich das Deckungs- bzw. das Inkassoverhältnis zwischen Bank und Gemeinschuldner zum Prüfungsgegenstand gehört. Das wäre jedoch unvollständig. Obwohl der Bankkundenkonkurs unmittelbaren Einfluß zunächst nur auf das Deckungs- bzw. das Inkassoverhältnis hat, werden von ihm doch auch die beiden anderen Verhältnisse tangiert. Deshalb sind sie in die Überlegungen mit einzubeziehen. Wie sich später zeigen wird, bedarf sogar die Beziehung Schuldnerbank - Gläubiger, das sogenannte Zuwendungsver-

4) Zum Teil wird die Zehntagefrist auch mit zur Krise gerechnet; vgl. etwa Baur/Stürner, Rn. 1126. Hier dagegen wird unter Krise nur der Zeitraum zwischen Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung verstanden. Ebenso Jauernig, § 51 IV 3.

5) Ebenso MünchKomm/Hüffer, § 783 Rn. 40.

hältnis⁶⁾, der Untersuchung.

Die vorliegende Arbeit orientiert sich an dem Verhalten der Bank. Zwar wird der Überweisungs- und Lastschriftverkehr von dem Kunden in Gang gesetzt. Zu einer Zahlung kommt es aber nur, wenn das angewiesene Kreditinstitut den Auftrag erledigt. Dies hängt davon ab, in welchem Insolvenzstadium sich der Bankkunde befindet. Im Konkurs des Überweisungsauftraggebers ist folglich danach zu unterscheiden, ob Überweisungen vor oder nach Konkurseröffnung durchgeführt werden; im Konkurs des Überweisungsempfängers danach, ob Gutschriften vor oder nach Konkurseröffnung eingehen. Entsprechendes gilt für den Lastschriftverkehr. Dabei wird stets zwischen der Pflicht der Bank zum Tätigwerden und den Rechtsfolgen dieses Tätigwerdens auf die verschiedenen Verhältnisse zwischen den Beteiligten unterschieden.

6) Teilweise wird auch vom Vollzugsverhältnis gesprochen. Vgl. Pinger, AcP 179, 301 (312, 316).

1. Teil: Auswirkungen des Konkurses
 des Bankkunden auf den Über-
 weisungsverkehr

1. Kapitel: Grundlagen und rechtliche
 Einordnung des Überweisungs-
 verkehrs

Als Überweisung wird im folgenden die Zahlung aufgrund eines Zahlungsauftrages des Schuldners verstanden, sogenannte hinläufige Überweisung¹⁾. Die Zahlung aufgrund eines Auftrages des Gläubigers - sogenannte rückläufige Überweisung²⁾ - charakterisiert den Lastschriftverkehr. Beiden Formen ist die fehlende Übereignung von Bargeld gemeinsam. Vielmehr wird dieser Vorgang durch Umbuchung ersetzt, indem das Konto des Schuldners "belastet" und das des Gläubigers "erkannt" wird.

Schuldner und Gläubiger müssen demzufolge ein Bankkonto haben. Unter einem Bankkonto versteht man zweierlei: Es ist zunächst der Inbegriff der Buchungsunterlagen über die Geschäftsbeziehung, also Teil eines Handelsbuches, wie es vor Inkrafttreten des Bilanzrichtlinien-Gesetzes (BGBI. 1985, I S. 2355) in § 43 HGB³⁾ vorgesehen war und nunmehr in den §§ 238, 239 HGB geregelt ist. Außerdem kennzeichnet es den jeweiligen Forderungsbestand in der Beziehung Bank - Bankkunde⁴⁾. Das Bankkonto im Rahmen des Überweisungsverkehrs heißt Girokonto und

1) Putzo, S. 9.

2) Hadding/Häuser, WM 1983, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 (11); BGH WM 1977, 1196 (1197).

3) Baumbach/Duden/Hopt, BankGesch, Anm. II 2 A; Canaris, Rn. 142.

4) Baumbach/Duden/Hopt, a.a.O.

ist in den allgemeinen Girovertrag eingebettet. Rechtlich handelt es sich bei dem Girovertrag um einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, §§ 675, 611 BGB⁵⁾. Dienstverpflichteter ist die Bank. Die geschuldeten Dienstleistungen bestehen in der Vermittlung ein- und ausgehender Zahlungen⁶⁾, richten sich also danach, für wen die Bank tätig wird. Als Bank des Empfängers schuldet sie die Gutschrift der zu seinen Gunsten eingehenden Geldbeträge, als Bank des Auftraggebers schuldet sie die Durchführung seiner Überweisungsaufträge, vorausgesetzt, das Konto ist gedeckt⁷⁾. Diese Deckung besteht entweder in einem Guthaben - dann verbindet sich mit dem Girovertrag ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag i.S.v. § 700 BGB⁸⁾ -, oder sie besteht in einer durch die Bank eingeräumten Kreditlinie - in diesem Fall wird neben dem Girovertrag eine Darlehensvereinbarung nach § 607 BGB getroffen⁹⁾. Ein aktives Konto (= Guthaben) ist also der Anspruch des Kunden aus § 700 BGB, ein passives der Anspruch der Bank aus § 607 BGB.¹⁰⁾

5) GrdI. Meyer-Cording, S. 9 ff.; Düringer/Hachenburg/Breit, Anh. II zu §§ 363 -365, Anm. 2; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 13; BGH KTS 1980, 34 (37).

6) Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (154); Möschel, JuS 1972, 297; Schönle, § 31 I 1.

7) Zum Begriff der Durchführung des Auftrags vgl. genauer S. 14 ff.

8) Canaris, Rn. 318; Stierle, S. 63 m.w.N.

9) Diese kann auch derart zustande kommen, daß der Kunde sein Konto überzieht und die Bank die Überweisung gleichwohl vornimmt.

10) Canaris, Rn. 142.

Die Überweisung beginnt mit dem Überweisungsauftrag. Dieser ist kein Antrag auf Abschluß eines Vertrages nach § 662 BGB, sondern eine Weisung i.S.d. § 665 BGB, denn die Bank hat, soweit Deckung vorhanden ist, nicht mehr die Freiheit, die Durchführung des Auftrages abzulehnen¹¹⁾. Darin erschöpft sich der Überweisungsauftrag jedoch nicht. Er enthält zugleich eine Anweisung. Dies ist zwar keine Anweisung im engeren Sinne nach § 783 BGB. Denn eine Ermächtigung der bereits durch Girovertrag verpflichteten Bank ist jenseits des Giroverhältnisses überflüssig¹²⁾. Zum anderen paßt die Vorschrift des § 787 BGB nicht auf die Überweisung. Ein Guthabenkonto wird nicht unmittelbar durch Ausführung der Überweisung¹³⁾, sondern auf dem Wege der Verrechnung getilgt. Mit dem Girovertrag ist gem. Ziffer 2 II, 14 I AGB/B nämlich ein Kontokorrent verbunden, dessen Wesen in der Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche besteht, vgl. § 355 I HGB¹⁴⁾. Der

-
- 11) BGHZ 10, 319 (322); Möschel, JuS 1972, 297; Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (140); MünchKomm/Seiler, § 675 Rn. 29; Staudinger/Wittmann, § 675 Rn. 20.
- 12) Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (141); MünchKomm/Hüffer, § 783 Rn. 41.
- 13) A.A. Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 28; Heile, S. 125; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365 Rn. 30, 31, 118; Möschel JuS 1972, 297 (298); Stierle, S. 70, 71.
- 14) Deshalb ist der Überweisungsauftrag auch keine Ermächtigung des Kunden an seine Bank i.S.d. §§ 362 II, 185 I BGB, die Einlageforderung durch eine Zuwendung an den Gläubiger des Kunden unmittelbar zu tilgen. Zutreffend Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (144); a.A. Reuter/Martinek, § 11 IV 2 a; dagegen Weitnauer, DB 1984, 2496 (2499).

Überweisungsauftrag enthält jedoch eine Anweisung im weiteren Sinne¹⁵⁾. Da der Auftraggeber mit der Überweisung regelmäßig eine Schuld tilgen will und Schuldtilgung eine Leistung voraussetzt, vgl. §§ 362, 364 BGB, muß erklärt werden, warum die tatsächliche Zuwendung der Bank rechtlich gesehen eine erfüllungstaugliche Leistung des Überweisenden¹⁶⁾ darstellt. Diese "Umleitung"¹⁷⁾ auf den Überweisenden ist nur möglich, wenn ihm die Girozahlung als sein Werk zugerechnet werden kann, was zumindest eine willentliche Veranlassung der Überweisung voraussetzt¹⁸⁾. Es ist daher die Veranlassung oder Anweisung des Auftraggebers, die die Überweisung zu seiner Leistung macht¹⁹⁾ und die Forderung im Valutaverhältnis zum Erlöschen bringt²⁰⁾. Zum Teil wird in diesem Zusammenhang auch von dem Prinzip der Simultanleistung gespro-

15) Medicus, Rn. 674; Heile, S. 1 Fn. 2, S. 2, Fn. 7; Gregor, S. 56; Canaris, WM 1980, 354 (357); Meyer-Cording, S. 34 f.; Schwark, WM 1970, 1334; Pinger, AcP 179, 301 (303 Fn. 9); MünchKomm/Seiler, § 675 Rn. 30.

16) Die Bank selbst leistet nicht an den Empfänger, denn sie ist nicht Dritte i.S.d. § 267 BGB, da sie nicht mit Fremdtilgungswillen handelt; unstr. vgl. BGH NJW 1976, 1845 (1846); Lorenz, Schuldrecht II, § 68 III d.

17) Reuter/Martinek, § 10 I 2 a.

18) Weitnauer, DB 1984, 2496 (2500).

19) BGH NJW 1976, 1845 (1846).

20) Zu der Frage, ob die Anweisung rechtswirksam sein muß oder eine willentliche Veranlassung ausreicht, vgl. S. 47 ff.

chen²¹⁾.

Nach Erhalt des Überweisungsauftrags bucht das angewiesene Kreditinstitut den Überweisungsbetrag vom Konto ihres Kunden ab. Die herrschende Ansicht sieht darin die Geltendmachung eines Anspruchs auf Vorschuß gemäß § 669 BGB²²⁾. Die Bank lasse sich damit die bei Auftragsdurchführung voraussichtlich anfallenden Aufwendungen, § 670 BGB, also die dem Zahlungsempfänger gutzuschreibenden Beträge vorschießen²³⁾. Unabhängig von der Richtigkeit und Notwendigkeit dieser Konstruktion²⁴⁾ ist zu beachten, daß die Belastungsbuchung zunächst nur vorläufiger Natur ist. Erweist sich der Überweisungsauftrag als undurchführbar, entstehen keine Aufwendungen. Folglich ist die Belastungsbuchung wieder zu löschen²⁵⁾. Erst wenn der Auf-

21) Das Prinzip der Simultanleistung besagt, daß durch eine tatsächliche Zuwendung zur selben Zeit rechtlich gesehen zwei Leistungen erbracht werden und zwar hier die Leistung der Bank an den Auftraggeber im Deckungsverhältnis und zugleich die Leistung des Auftraggebers an den Überweisungsempfänger im Valutaverhältnis. Ebenso Meyer-Cording, S. 35; Putzo, S. 172; Mütze, S. 282 ff.; Pinger, AcP 179, 301 (313 Fn. 77); BGHZ 61, 289 (291); BGHZ 66, 362 (363); BGH ZIP 1983, 1050.

22) Gregor, S. 55; Staudinger/Wittmann, § 675 Rn. 20; Polke, S. 16 f.; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 42; Canaris, Rn. 343; Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (151); BGHZ 4, 244 (248); BGHZ 26, 1 (5).

23) Meyer-Cording, S. 36.

24) Kritisch z.B. Putzo, S. 32.

25) Meyer-Cording, S. 92; Putzo, S. 33, 64.

trag tatsächlich erledigt ist²⁶⁾, entstehen Aufwendungen. Folglich wird erst dann aus der vorläufigen eine endgültige Belastung²⁷⁾, die jetzt freilich keinen Vorschuß, sondern einen Aufwendungser-satzanspruch gemäß § 670 BGB verkörpert.

Die nächste wichtige Etappe ist der Eingang des Geldes bei der Empfängerbank²⁸⁾. Als Kreditinstitut des Begünstigten hat sie die girovertragliche Pflicht, die zu-gunsten ihres Kunden eingehenden Zahlun-gen weiterzuleiten²⁹⁾. Rechtsgrundlage dieser Pflicht und damit zugleich Rechts-grundlage des korrelierenden Rechts des Kontoinhabers ist § 667 BGB - Anspruch auf Herausgabe dessen, was die beauftragte Bank aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat³⁰⁾. Erfüllt werden kann dieser An-spruch - sogenannter Anspruch auf Gut-schrift - nur in der durch den Girovertrag vereinbarten Form, also nur durch Buchung

26) Zu dem Begriff vgl. genauer S. 14 ff.

27) Ebenso Kindermann, WM 1982, 318 (321) m.w.N.; Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (151, 154).

28) Zu dem Begriff des Zahlungseingangs vgl. genauer S. 67

29) BGH WM 1971, 110 (111); Schönle, § 31 III 3 c.

30) BGH WM 1978, 58 (59); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 41 ff.; Putzo, S. 47; Meyer-Cording, S. 53.

einer Gutschrift auf dem Girokonto³¹⁾. Kommt es dazu, erwirbt der Überweisungs-begünstigte einen gegen seine Bank gerichteten Auszahlungsanspruch gemäß § 780 BGB aus abstraktem Schuldversprechen, sogenannter Anspruch aus Gutschrift³²⁾. Da einerseits das Schuldversprechen einen Vertrag voraussetzt, andererseits dieser Vertrag nicht ohne Fiktion allein durch die Gutschrift zustande kommen kann³³⁾, entnimmt die herrschende Lehre und Rechtsprechung bereits dem Girovertrag die Abrede über das abstrakte Schuldverspre-

31) BGH WM 1978, 58(59); Polke, S. 45, 46 Fn. 1; Putzo, S. 31. An sich wäre die Bank nach § 667 BGB nur zur Abtretung des ihr zustehenden Gutschriftenanspruchs gegen die vorgeschaltete Bank verpflichtet. Dann jedoch würde sich kein Gläubiger auf die Zahlung mittels Überweisung einlassen, denn er müßte sich dann an eine fremde Bank wenden, um "sein" Geld zu erhalten, dessen Erhalt wegen der Regelung des § 404 BGB nicht einmal sichergestellt ist.

32) Seit BGHZ 6, 121 (124) gefestigte Rspr.; vgl. etwa BGH WM 1955, 1473 (1476); BGH WM 1970, 751 (752); BGHZ 72, 9 (11); Canaris, WM 1980, 354 (371).

33) In diesem Sinne jedoch die Vertreter der Lehre vom Individualvertrag, wonach jede Gutschrift einen gesonderten abstrakten Schuldversprechensvertrag begründet. Vgl. Ulmer, SJZ 1948, 236 (237 Fn. 3 a); Hildebrandt, JW 1933, 2528. Diese Konstruktion ist jedoch lebensfremd, weil der Bankkunde dann bei Abschluß des Girovertrages eine unendliche Vielzahl von Vertrags-offerten über alle denkbaren Beträge abgeben müßte. So zu Recht Koller, BB 1972, 687 (692).

chen³⁴⁾. Danach vereinbaren die Parteien, und zwar formlos wirksam gemäß § 350 HGB, zugleich mit Abschluß des Girovertrages einen nur rahmenartig verfaßten Schuldversprechensvertrag, der einseitig durch die Bank analog § 315 BGB im Wege der Gutschriftsbuchung konkretisiert werden kann³⁵⁾. Auf den Zugang (§ 130 I 1 BGB) dieser konkretisierenden Gestaltungs-erklärung habe der Kunde im Interesse eines möglichst frühen Entstehungszeitpunkts seines Anspruchs aus Gutschrift von vornherein verzichtet, § 151 BGB³⁶⁾.

Die Gutschrift hat aber nicht nur Erfüllungswirkung im Deckungs-, sondern auch im Valutaverhältnis. Da der Valutagläubiger mit Gutschrift einen eigenständigen, von Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis freien Anspruch gegen ein regelmäßig zahlungsfähiges Kreditinstitut besitzt, der ihm auch nicht mehr durch einen Widerruf des Überweisenden entzogen werden kann, hat er eine Stellung inne, die wirtschaftlich gesehen mit derjenigen nach Erhalt von Bargeld vergleichbar ist³⁷⁾.

34) BGHZ 26 167 (171); Schönle, § 31 III 3 c; Putzo, S. 59 f.; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365 Rn. 45. Das ändert aber nichts daran, daß Giro- und Schuldversprechensvertrag zwei selbständige Rechtsgeschäfte darstellen, die im Verhältnis Verpflichtungs-/Erfüllungsgeschäft zueinander stehen.

35) Grdl. Koller, BB 1972, 687 (692).

36) Putzo, S. 60; Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (159).

37) Canaris, Rn. 476; Kindermann, WM 1982, 318 (319); Meyer-Cording, S. 130 m.w.N.

Infolgedessen erlischt seine Forderung gegen den Valutaschuldner. Das ergibt sich in aller Regel nicht erst aus § 364 I BGB, sondern bereits aus § 362 I BGB. Zwar braucht der Gläubiger eine bargeldlose Zahlung nicht gegen seinen Willen anzunehmen³⁸⁾. Die Giroüberweisung bedarf daher grundsätzlich des Einverständnisses des Gläubigers³⁹⁾. Wird dieses jedoch im voraus erteilt - beispielsweise durch Aufdruck der Kontonummer auf Rechnungen -, so liegt in der Girozahlung die dem Gläubiger geschuldete Leistung i.S.d. § 362 I BGB⁴⁰⁾.

38) Kindermann, WM 1982, 318; Canaris, Rn. 466 m.w.N.

39) Meyer-Cording, S. 127. Möschel, JuS 1972, 297 (298).

40) Canaris, Rn. 304; vgl. auch Putzo, S. 67 ff.; MünchKomm/Hüffer, § 783, Rn. 51 m.w.N.

2. Kapitel: Konkurs des Überweisungsauftraggebers

A Durchführung des Überweisungsauftrags vor Konkurseröffnung

I. Verpflichtung zur Durchführung

1. Vor Zahlungseinstellung

Erhält die Schuldnerbank einen Überweisungsauftrag vor Zahlungseinstellung, so ist sie aufgrund des bestehenden Girovertrages zur Erledigung dieses Auftrags verpflichtet, vorausgesetzt, das Konto ist gedeckt.

2. Nach Zahlungseinstellung

Diese Pflicht trifft die Bank grundsätzlich auch während der Krise, denn der Girovertrag ist trotz Zahlungseinstellung wirksam¹⁾.

Etwas anderes ergibt sich möglicherweise, falls die Bank die Geschäftsbeziehung zu ihrem Kunden unter Hinweis auf Ziffer 17 Satz 2 AGB/B vor Ausführung der Überweisung kündigt. Die Zahlungseinstellung ihres Vertragspartners ist eine Vermögensverschlechterung i.S.d. erwähnten Klausel, die die Bank zum Ausspruch der Kündigung berechtigt²⁾. Die Ausübung des Kündi-

1) Obermüller, Rn. 174.

2) K/U, § 23 Rn. 15; Canaris, Rn. 1246, 1247; Siebel, BB 1954, 519 (520).

gungsrechts ist jedoch treuwidrig, sofern ein etwaiges Bankguthaben ausreichende Sicherheiten für die Bank bietet, denn in diesem Fall hat sich die Vermögensverschlechterung des Kontoinhabers (noch) nicht nachteilig ausgewirkt³⁾. Im Falle eines Guthabens also⁴⁾ muß das Kreditinstitut den Überweisungsauftrag trotz Zahlungseinstellung durchführen.

3. Begriff und Zeitpunkt der Durchführung des Überweisungsauftrags

Zu klären ist noch, wann der Überweisungsauftrag durchgeführt ist, denn die vorliegende Arbeit gliedert sich danach, in welchem Stadium der Insolvenz sich der Bankkunde bei Auftragsdurchführung befindet.

a) Hausüberweisung

Einigkeit herrscht hinsichtlich der Hausüberweisung. Da Überweisender und Überweisungsempfänger ihr Konto bei derselben Bank, also bei demselben Rechtssubjekt, unterhalten, schuldet die beauftragte Bank dem Überweisenden nicht nur die Weiterleitung des Überweisungsauftrags an die Empfängerbank, sondern die Gutschrift auf dem

3) Canaris, Rn. 1247.

4) Bewegt sich die Kontoverfügung im Rahmen einer Kreditlinie, so kann die Bank den Kredit unter Hinweis auf Ziff. 17 AGB/B kündigen und die Durchführung der Überweisung verweigern, es sei denn, auch für den Kredit bestehen ausreichende Sicherheiten; vgl. Obermüller, Rn. 176, 622, 624.

Empfängerkonto selbst⁵⁾. Wenn aber die Gutschrift geschuldet wird, so ist der Überweisungsauftrag notwendigerweise erst mit der Gutschrift ausgeführt. Folglich kann auch erst zu diesem Zeitpunkt ein Aufwendungsersatzanspruch entstehen, der eine die Aufwendung verursachende Auftragserledigung voraussetzt⁶⁾. Die Hausüberweisung ist daher erst mit Gutschrift auf dem Empfängerkonto durchgeführt.

b) Außerbetriebliche Überweisung

Etwas anderes könnte bei der außerbetrieblichen Überweisung gelten.

aa) Bei dieser ist der Auftrag nach herrschender Ansicht bereits mit Gutschrift auf dem Konto der Empfänger- bzw. einer Zwischenbank ausgeführt, also zeitlich gesehen vor der Gutschrift auf dem Konto des Empfängers⁷⁾. Da nämlich die Überweisungsbank mit dem Begünstigten in keinerlei vertraglicher Beziehung stehe, habe sie keinen Einfluß auf die Verbuchung irgendwelcher Eingänge auf dessen Konto. Folglich schulde sie, anders als beim Hausgiro, auch nicht den Erfolg der Gutschrift, sondern lediglich die Bemühung darum. Der ihr erteilte Giroauftrag sei also nicht erst mit der Buchung auf dem Begünstigtenkonto erledigt, sondern be-

5) Canaris, Rn. 386; Kindermann, WM 1982, 318 (322 Fn. 45); BGHZ 4, 244 (248).

6) Meyer-Cording, S. 93 m.w.N.; Kindermann WM 1982, 318 (322); Staudinger/Wittmann, § 670 Rn. 27.

7) BGHZ 4, 244 (248); Canaris, Rn. 329; Kindermann WM 1982, 318 (322 f.); Möschel, JuS 1972, 297.

reits dann, wenn sie der Begünstigten- oder einer Zwischenbank den Überweisungsbetrag gutschreibe, damit diese ihn weiterleite⁸⁾.

bb) Hadding/Häuser meinen demgegenüber, daß die Belastung des Auftraggeberkontos erst mit wirksamer Gutschrift zugunsten des Zahlungsempfängers endgültig werde⁹⁾. Zur Begründung verweisen sie auf zwei Entscheidungen des BGH, in denen es um die Frage ging, ob die Bank des Auftraggebers den zunächst belasteten Betrag ihrem Kunden wieder gutschreiben muß, wenn die Überweisung aus irgendeinem Grunde gescheitert, d.h. wenn es nicht zu einer wirksamen Gutschrift auf dem Gläubigerkonto gekommen ist¹⁰⁾. Der BGH statuierte zwar eine girovertragliche Bemühungspflicht in dem Sinne, daß sich die Auftraggeberbank um eine Rücküberweisung von dem nächsten Glied der Überweisungskette bemühen müsse. Sollte die Rückführung des Betrages jedoch nicht möglich sein, so sei die Bank auch dann nicht zur Wiedergutschrift verpflichtet, wenn es endgültig weder zu einer Gutschrift zugunsten des Überweisungsbegünstigten noch zur Rückleitung der Überweisungssumme komme. In diesem Fall genüge die Schuldnerbank ihrer girovertraglichen Nebenpflicht dadurch, daß sie dem Auftraggeber ihre eigenen Ansprüche auf Rückbuchung gegen das nachge-

8) Canaris, Rn. 329, 343, 391. Vorausgesetzt ist insoweit, daß die Auftraggeberbank die kontoführende Stelle ist.

9) ZHR 145, 138 (152).

10) BGHZ 4, 244; BGH WM 1978, 367.

ordnete Kreditinstitut abtrete¹¹⁾. Dies sei, so die Ansicht von Hadding/Häuser, nicht interessengerecht, weil der Kontoinhaber mit dem Prozeß- und Insolvenzrisiko eines Partners belastet werde, den er sich nicht ausgesucht habe¹²⁾. Folglich dürfe man den Aufwendungsersatzanspruch der erstbeauftragten Bank erst mit wirksamer Gutschrift auf dem Empfängerkonto entstehen lassen. Solange dies nicht geschehen sei, sei der Auftrag unerledigt, das zu seiner Durchführung Erlangte mithin nach § 667 I 1. Fall BGB herauszugeben.

cc) Stellungnahme

Die Auffassung von Hadding/Häuser ist mit der Rechtsnatur des Girovertrages nicht vereinbar. Wenn die Schuldnerbank beim Scheitern der Überweisung den abgebuchten Betrag in jedem Fall wieder gutschreiben muß, so läuft ihre Leistungspflicht auf das Herbeiführen des Überweisungserfolges hinaus¹³⁾. Der Girovertrag ist nach heute unbestrittener Ansicht jedoch ein Geschäftsbesorgungsvertrag, der einen Dienst- und keinen Werkvertrag zum Gegenstand hat. Das erkennen auch Hadding/Häuser an: "Das Kreditinstitut trifft nur eine Bemühungspflicht um den Überweisungserfolg"¹⁴⁾, oder noch deutlicher: "Die Leistungspflicht aus dem Giroverhältnis (ist) ... auf die bankgeschäftliche Vermittlung bargeldloser Zahlungen, d.h. auf dienstver-

11) BGH WM 1978, 367; BGHZ 4, 244 (249).

12) ZHR 145, 138 (152 i.V.m. 150).

13) Kindermann, WM 1982, 318 (322).

14) ZHR 145, 138 (145).

tragliche Geschäftsbesorgungen ... (gerichteter)"¹⁵⁾. Diese Qualifizierung ist auch korrekt. Die Bank kann sich schon deshalb nicht zur Herbeiführung eines Erfolges verpflichten, weil sie gerade bei Erteilung eines außerbetrieblichen Überweisungsauftrages nicht weiß, ob der Überweisungsempfänger überhaupt ein Bankkonto unterhält¹⁶⁾. Als nicht auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichteter Dienstvertrag kann der Girovertrag die Schuldnerbank somit nicht verpflichten, Gutschriften auf nicht bei ihr geführten Empfängerkonten herbeizuführen. Schuldet die Überweisungsbank aber nicht den Überweisungserfolg, so muß der ihr erteilte Auftrag zu einem früheren Zeitpunkt ausgeführt sein. Diesen sieht die h.M. zutreffend in der Gutschrift zugunsten der Zwischen- bzw. Empfängerbank.

Die Auffassung von Hadding/Häuser widerspricht außerdem der Rechtslage hinsichtlich der Frage, bis zu welchem Zeitpunkt des Überweisungsvorgangs ein wirksamer Widerruf möglich ist. Insoweit ist anerkannt, daß der Kontoinhaber seinen Überweisungsauftrag nicht mehr widerrufen kann, sobald das erstbeauftragte Kreditinstitut Rechte Dritter aus einer Gutschrift begründet hat¹⁷⁾. Wenn man berücksichtigt, daß allgemein im Rahmen des § 665 BGB der Widerruf einer Weisung nicht mehr wirksam möglich ist, falls der Beauftragte das der Weisung entsprechende Ver-

15) ZHR 145, 138 (154).

16) Kindermann, WM 1982, 318 (323).

17) Canaris, Rn. 346, 353 f., 362 ff., 392.

halten schon vorgenommen hat¹⁸⁾, so folgt daraus, daß das weisungsgemäße Verhalten im außerbetrieblichen Überweisungsverkehr die Gutschrifterteilung auf dem Konto der Bank ist.

Dem widerspricht nicht, daß die erstbeauftragte Bank um die Rückleitung der Überweisung bemüht sein muß. Denn diese Bemühungspflicht ist, wie der BGH zu Recht betont¹⁹⁾, eine girovertragliche Nebenpflicht, hat also mit dem gesetzlichen Rückbuchungsanspruch aus § 667 BGB nichts zu tun und verpflichtet die Schuldnerbank nur, ihrerseits bei der vorgeschalteten Bank zu widerrufen, um auf diese Weise den Widerruf ihres Kunden weiterzuleiten. Verweigert allerdings eine der vorgeschalteten Banken die Rückbuchung, so hat die erstbeauftragte Bank die von ihr gemachten Aufwendungen (noch) nicht zurückerlangt und ist daher auch (noch) nicht rückbuchungspflichtig. Vielmehr genügt sie ihrer girovertraglichen Bemühungspflicht dadurch, daß sie dem Auftraggeber ihren eigenen Rückbuchungsanspruch gegen die nächste Bank abtritt. Das widerspricht entgegen der Auffassung von Hadding/Häuser nicht der Interessenlage, denn es ist Sache des Auftraggebers und nicht seiner Bank, den Prozeß mit der betreffenden Bank auszufechten und das Risiko eines verspä-

18) MünchKomm/Seiler, § 665 Rn. 7.

19) Zustimmend Canaris, Rn. 329, 392; Meyer-Cording, S. 56 f.; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 29; übrigens auch Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (149) unter Bezugnahme auf Nr. 26 III AGB der Deutschen Bundesbank.

teten Widerrufs zu tragen²⁰⁾.

Aus alledem folgt: Die Frage, wann ein Überweisungsauftrag durchgeführt ist, läßt sich nicht einheitlich beantworten. Bei dem Hausgiro ist die Überweisung mit Gutschrift auf dem Gläubigerkonto erledigt; bei Einschalten einer weiteren Bank dagegen mit Gutschrift auf deren Konto.

II. Rechtsfolgen des vor Konkurseröffnung durchgeführten Überweisungsauftrags im Deckungsverhältnis Schuldnerbank - Überweisungsauftraggeber

1. Entstehen eines Aufwendungsersatzanspruchs gemäß § 670 BGB zugunsten der Bank

Führt die Bank den Zahlungsauftrag vor Konkurseröffnung durch, so erwirbt sie mit Erledigung dieser Geschäftsbesorgung einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 670 BGB. Diesen kann sie nicht sofort geltend machen, sondern muß ihn, da das Girokonto gemäß den Ziffern 2 II, 14 I AGB/B als Kontokorrentkonto geführt wird²¹⁾, in das Kontokorrent einstellen. Weil bei einem Kontokorrent die beiderseitigen

20) Canaris, Rn. 349.

21) Putzo, S. 39; Düringer/Hachenburg/Breit, Anh. II zu §§ 363 - 365, Anm. 17; Meyer-Cording, S. 38; Kübler, BB 1972, 801 (803); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 15, 47.

Geldansprüche verrechnet werden, vgl. § 355 I HGB²²⁾, würde sich ein Guthabensaldo des Bankkunden ermäßigen.

Fällt der Auftraggeber später in Konkurs, stellt sich für den Konkursverwalter die Frage, ob er gegen die Ermäßigung des Bankguthabens, die eine Schmälerung der Masse bedeutet, vorgehen kann. Als rechtliche Handhabe hierfür bieten sich die Vorschriften über das Aufrechnungsverbot, § 55 KO, sowie die Bestimmungen der Konkursanfechtung, §§ 29, 30 KO, an.

2. Wirksamkeit der Verrechnung des Anspruchs aus § 670 BGB gegen einen Guthabensaldo, § 55 KO

Da § 55 KO eine Aufrechnung voraussetzt, diese beim Bankenkontokorrent gemäß Ziff. 14 I AGB/B nur zweimal im Jahr stattfindet²³⁾, und zwar automatisch mit Abschluß der Rechnungsperiode aufgrund eines bei Kontoeröffnung getroffenen, antizipierten Verrechnungsvertrages²⁴⁾, wird

22) Canaris, in RGRK-HGB, § 355 Rn. 27, 63 c; Möschel, JuS 1972, 297 (299).

23) Das Bankenkontokorrent ist also ein Perioden- und kein Staffellokontokorrent. Die einzelnen Tagesauszüge sind demnach rein buchtechnische Postensalden und von den periodischen Rechnungsabschlüssen strikt zu trennen. So Canaris, in RGRK-HGB, § 355 Rn. 65, 72; Möschel, JuS 1972, 297 (299); Putzo, S. 40; Schönle, § 7 II 1 a 3; Schlegelberger/Hefermehl, § 355 Rn. 30; BGHZ 50, 277 (279 f.); BGH WM 1972 283 (284).

24) Grigat, NJW 1952, 812 f.; Baumbach/Duden/Hopt, § 355 Anm. 3 B; Blaurock, NJW 1971, 2206 (2207); Canaris, in RGRK-HGB, § 355 Rn. 11 a, 64.

im folgenden danach unterschieden, ob die kontokorrentmäßige Rechnungsperiode vor oder nach Konkurseröffnung abläuft.

a) Ablauf der kontokorrentmäßigen Rechnungsperiode vor Konkurseröffnung

Bei Ablauf vor Konkurseröffnung hat eine Saldierung bereits stattgefunden. Diese fällt nicht unter das Aufrechnungsverbot des § 55 KO. Das ergibt sich für den Fall des vor Zahlungseinstellung durchgeführten Überweisungsauftrages daraus, daß § 55 KO den Fall der vor Zahlungseinstellung entstandenen Aufrechnungslage nicht erfaßt. Bei Auftragsdurchführung nach Zahlungseinstellung folgt dies daraus, daß der Aufwendungsersatzanspruch der Bank nicht so, wie von § 55 S. 1 Nr. 3 KO gefordert, entstanden ist. Insoweit kommt allein der Erwerbsstatbestand "durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner" in Frage. Der verrechenbare Aufwendungsersatzanspruch entsteht aber durch Gutschrift auf dem Konto des Empfängers bzw. einer Zwischenbank, also allenfalls durch Rechtsgeschäft mit jenen, dagegen nicht durch Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner. Selbst wenn man aber die Erledigung des Überweisungsauftrages als Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner qualifizierte²⁵⁾, änderte das nichts an der Zulässigkeit der Aufrechnung. In diesem Fall würde § 55 S. 3

25) Das ist fraglich, weil der Überweisungsauftrag ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, "ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner" indes einen Vertrag erfordert; vgl. dazu Jaeger/Lent, § 55 Rn. 15; K/U, § 55, Rn. 17.

KO eingreifen, weil die Bank aufgrund des vor Zahlungseinstellung vereinbarten Girovertrages zur Erledigung des Überweisungsauftrags und damit zur Übernahme der Gegenforderung verpflichtet war²⁶⁾.

- b) Ablauf der kontokorrentmäßigen Rechnungsperiode nach Konkurseröffnung
- Einfluß des Konkurses auf das Kontokorrent

Falls die halbjährliche Rechnungsperiode bei Konkursbeginn noch nicht abgelaufen ist, fragt sich, ob eine an § 55 KO zu messende Verrechnung der ins Kontokorrent eingestellten Forderungen überhaupt stattfindet. Es geht mithin um den Einfluß der Konkurseröffnung auf das Kontokorrent.

aa) Nach herrschender Ansicht beendet der Konkurs des Kontoinhabers die Kontokorrentbeziehung und bewirkt den vorzeitigen Abschluß der laufenden Rechnungsperiode²⁷⁾. Da das Bankenkontokorrent untrennbar mit dem Girovertrag verbunden und dieser gemäß § 23 II KO erloschen sei, werde die Kontokorrentvereinbarung analog § 139 BGB mit Konkurseröffnung beendet²⁸⁾.

26) Obermüller, Rn. 177; Meyer-Cording, S. 116.

27) RGZ 125, 411 (416); BGH BB 1972, 632 (633); Jaeger/Lent, § 55 Rn. 2; § 65 Rn. 8; K/U, § 17 Rn. 7; § 23 Rn. 15; 65 Rn. 8; K/U, § 17 Rn. 7; § 23 Rn. § 55 Rn. 4; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 23 Anm. 1 b; Obermüller, Rn. 55 ff.

28) BGH KTS 1980, 34 (36); OLG Düsseldorf, DB 1977, 1548 (1549); Düringer/Hachenburg/Breit, § 355 Anm. 61; Schlegelberger/Hefermehl, § 355 Rn. 55, 98 f.

Ebenso wie bei dem Beendigungsgrund der Kündigung gemäß § 355 III HGB finde dann eine sofortige Verrechnung der in das Kontokorrent eingestellten Haben- und Sollposten statt²⁹⁾. Da diese Verrechnung automatisch kraft Gesetzes erfolge, könne sie nicht durch die Aufrechnungsverbote des § 55 KO verhindert werden³⁰⁾. Aufgrund der kontokorrentmäßigen Automatik fehle es an einer Aufrechnung i.S.d. § 387 BGB³¹⁾.

bb) Zu demselben Resultat gelangt Canaris, jedoch mit Hilfe einer anderen Konstruktion³²⁾. Canaris unterscheidet zwischen dem Geschäftsvertrag als der schuldrechtlichen Grundlage des Kontokorrents und den antizipierten Verfügungsverträgen als seinen dinglichen Vollzugsgeschäften. Zu diesen rechnet er neben der Kontokorrentabrede den Verrechnungsvertrag, der meist dahin zu verstehen sei, daß sich die Verrechnung, also die Tilgung der gegenseitigen Ansprüche, am Ende einer Rechnungsperiode automatisch vollziehe³³⁾. Mit Konkursöffnung über das Vermögen eines Kontokorrentpartners müsse dieser Verrechnungsvertrag entfallen, denn ansonsten könnte der andere Partner entgegen § 15 S. 1 KO mit den nach Konkursöffnung entstandenen Forderungen aufrechnen. Da demzufolge

29) BGH WM 1978, 58 (59); Kübler, BB 1976, 801 (803) m.w.N.

30) Obermüller, Rn. 173; ders., Diss. S.49.

31) Kübler, BB 1976, 801 (803).

32) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (80); ders., in RGRK-HGB, § 355 Rn. 9, 119.

33) Canaris, in RGRK-HGB, § 355 Rn. 27, 64.

für die laufende Rechnungsperiode kein wirksamer Verrechnungsvertrag mehr besteht, räumt Canaris der Bank in den Grenzen der §§ 53 ff. KO die Befugnis zur einseitigen Aufrechnung im Sinne der §§ 387 ff. BGB ein.

cc) Stellungnahme

Da der Kontokorrentvertrag nicht zu den in § 23 KO genannten Verträgen gehört³⁴⁾, gibt es keinen gesetzlichen Grund, die gesamte Kontokorrentbeziehung, also Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, zum Erlöschen zu bringen. Eine Analogie zu § 23 II KO erscheint fraglich. Wie gesehen, ist die Konkursmasse vor den Gefahren des Kontokorrents bereits dadurch geschützt, daß der antizipierte Verrechnungsvertrag nach § 15 Satz 1 KO unwirksam ist. Der Unwirksamkeit des obligatorischen Geschäftsvertrages bedarf es dazu nicht. Gleichwohl ist der herrschenden Ansicht zuzustimmen. Es ist nicht ersichtlich, warum der schuldrechtliche Geschäftsvertrag wirksam bleiben soll, wenn er nicht mehr erfüllt werden kann. Überweisungsaufträge des Gemeinschuldners können wegen § 15 KO nicht mehr über das Kontokorrent abgewickelt werden. Überweisungsaufträge des Konkursverwalters bedürfen zu ihrer Bearbeitung wegen § 23 II KO ohnehin des Abschlusses eines neuen Girovertrages zwischen Konkursverwalter und Kreditinstitut. Darin kann auch zugleich der Abschluß einer neuen

34) BGH KTS 1980, 34 (36); OLG Koblenz, WM 1984, 543 (544); Canaris, in RGRK-HGB, § 355 Rn. 10, 113; Kübler, BB 1976, 801; Uhlenbruck, S. 298.

Kontokorrentvereinbarung gesehen werden. Die Konkursöffnung über das Vermögen des Kontoinhabers führt somit analog den §§ 23 II KO, 139 BGB zum Untergang der Kontokorrentbeziehung und damit analog § 335 III HGB zu einem außerordentlichen Saldenabschluß³⁵⁾. Diese außerordentliche Verrechnung ist wirksam. Wie gesehen, ist für die Anwendung von § 55 KO kein Raum, solange der Überweisungsauftrag vor Konkursöffnung durchgeführt wird.

3. Anfechtbarkeit der Verrechnung

Fraglich ist, ob die dargestellte Verrechnung von dem Konkursverwalter des Überweisenden angefochten werden kann. Als Anfechtungstatbestände kommen die Vorschriften der §§ 30 Nr. 1 und Nr. 2 KO in Betracht.

a) § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO

Erste Voraussetzung ist das Vorliegen einer Rechtshandlung. Da sie einem Konkursgläubiger Befriedigung gewähren muß, ist es erforderlich, daß der Vermögensanspruch, der die Konkursgläubigereigenschaft begründet, bei Vornahme der Rechtshandlung bereits entstanden war³⁶⁾. Eine schon vor oder mit Forderungsentstehung vorgenommene Rechtshandlung ist nicht nach Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2, sondern allenfalls nach § 30 Nr. 1 1. Halbs. KO anfechtbar³⁷⁾.

35) K/U, § 17 Rn. 7 m.w.N.

36) BGH LM Nr. 2 zu § 30 KO; Jaeger/Lent, § 30 Rn. 37; K/U, § 30 Rn. 35.

37) BGH a.a.O.; RGZ 100, 62 (64); RGZ 136, 152 (158); Jaeger/Lent, § 30 Rn. 37

Hier wird die Bank mit Durchführung des Überweisungsauftrags Inhaberin eines Zahlungsanspruchs aus § 670 BGB und damit Konkursgläubigerin nach § 3 I KO. Zu prüfen ist demnach, ob es nach diesem Zeitpunkt eine Rechtshandlung gibt, welche der Bank Sicherung oder Befriedigung gewährt. Der einzige Akt, der in dem hier zu beurteilenden Fall nach Durchführung der Giroweisu-
nung stattfindet, ist die vorzeitige und automatische Saldierung analog § 355 III HGB.

Diese ist jedoch keine Rechtshandlung. Zu dem Begriff der Rechtshandlung gehört die Betätigung des menschlichen Willens. Unbewußtes Verhalten und erst recht der Eintritt von Rechtsfolgen kraft Gesetzes fallen nicht darunter³⁸⁾. Da sich die Verrechnung von Guthaben und Ersatzanspruch, wie gesehen, kraft Gesetzes ohne die Betätigung eines menschlichen Willens vollzieht, kann sie nicht unter den Begriff der Rechtshandlung subsumiert werden.

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch folgende Überlegung. Bei der Banküberweisung handelt es sich um eine sogenannte mittelbare Zuwendung. Der Überweisende überträgt Bestandteile seines Vermögens mittels der Bank an den Empfänger, ohne dazu mit diesem in Kontakt zu treten. Wirtschaftlich betrachtet - und darauf kommt es bei der Konkursanfechtung vorrangig an³⁹⁾ - wird das Vermögen des Schuldners zugunsten des

38) K/U, § 29 Rn. 6; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 29 Anm. 8.

39) BGHZ 86, 349 (355); BGH WM 1979, 776; BGH WM 1955, 407; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 37 Anm. 2.

Gläubigers vermindert. Anfechtungsrechtlich ist der Vorgang so anzusehen, als ob die Bank ihrer Guthabenverpflichtung entsprechend an den späteren Gemeinschuldner und dieser an seinen Gläubiger gezahlt hätte⁴⁰⁾. In diesem Fall aber wäre nur der Gläubiger, nicht die Mittelsperson, hier also die Bank einer Anfechtung ausgesetzt⁴¹⁾. Nach alledem scheidet eine Anfechtung aufgrund § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO aus⁴²⁾.

b) § 30 Nr. 1 1. Halbs. KO

Diese Vorschrift setzt ein vom Gemeinschuldner während der Krise eingegangenes Rechtsgeschäft voraus, durch dessen Eingehung die Konkursgläubiger unmittelbar benachteiligt werden. Unter Rechtsgeschäften in diesem Sinne sind nur Verträge zu verstehen. Nur bei ihnen kann man von "einem anderen Teil" sprechen, der "das Geschäft einging"⁴³⁾. Der einzig sichtbare Vertrag im Verhältnis Gemeinschuldner - Bank ist der Girovertrag. Dieser ist weder während der Krise vereinbart worden, noch werden unmittelbar durch seinen Abschluß die Konkursgläubiger benachteiligt. Selbst der nach Zahlungseinstellung ausgegebene

40) BGHZ 38, 44 (46); BGH LM Nr. 21 zu § 3 AnfG; RGZ 43, 83 (84, 85); RGZ 48, 148 (150); Jaeger/Lent, § 30 Rn. 32.

41) RGZ 117, 86 (88); K/U, § 37 Rn. 8 a.

42) Heile, S. 71; Obermüller, Rn. 173.

43) K/U, § 30 Rn. 18; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 30 Anm. 3.

Überweisungsauftrag führt, abgesehen davon, daß er kein zweiseitiges Rechtsgeschäft im obigen Sinne ist, nicht zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung. Damit die angewiesene Bank überhaupt etwas Herausgabefähiges i.S.d. § 37 KO erlangt - z.B. Schuldbefreiung im Deckungsverhältnis -, bedarf es stets noch der Anweisungseistung an den Zahlungsempfänger⁴⁴⁾. Der Anfechtungsgrund des § 30 Nr. 1 1. Halbs. KO ist somit nicht einschlägig.

44) Heile, S. 73.

III. Rechtsfolgen des vor Konkurseröffnung durchgeführten Überweisungsauftrags im Valutaverhältnis
Überweisungsauftraggeber - Überweisungsempfänger

1. Eintritt der Erfüllung im Falle einer Gutschrift

Führt die Schuldnerbank den Überweisungsauftrag vor Konkurseröffnung durch, erlangt der Gläubiger dadurch, soweit es sich um eine Hausüberweisung handelt, eine Gutschrift auf seinem Girokonto. Handelt es sich um eine außerbetriebliche Überweisung, ist es nicht die Schuldner-, sondern die Gläubigerbank, die die Gutschrift erteilt. Gemeinsam ist beiden Fällen, daß der Überweisungsempfänger mit Erhalt der unwiderruflichen Gutschrift seine Forderung gegen den Überweisenden verliert⁴⁵⁾. Wirksamkeitsbedenken bestehen nicht, da die masseschützenden Vorschriften der §§ 7, 8, 15 KO bei Gutschrift vor Konkurseröffnung nicht eingreifen⁴⁶⁾.

45) BGHZ 6, 121 (123 ff.); Kindermann, WM 1982, 318 (319); Canaris, Rn. 476; Möschel, JuS 1972, 297 (298).

46) Genau genommen kommt es für das Valutaverhältnis daher nicht auf den Zeitpunkt der Überweisungserledigung, sondern auf denjenigen der Empfänger-gutschrift an. Dieser kann im außerbetrieblichen Überweisungsverkehr, wie gesehen, durchaus verschieden sein. Wenn also von den Folgen eines durchgeführten Überweisungsauftrages die Rede ist, so wird dabei vorausgesetzt, daß es, gleich ob Haus- oder außerbetriebliche Überweisung, überhaupt zu einer Gutschrift zugunsten des Empfängers kommt und daß diese in die in der Überschrift genannte Phase fällt.

II. Anfechtbarkeit der Gutschrift

Fraglich ist, ob der Konkursverwalter die vorkonkursliche Gutschrift anfechten kann. Als Anfechtungsgründe kommen die §§ 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO in Betracht.

a) Gutschrift vor Zahlungseinstellung, § 30 Nr. 2 KO

Nach § 30 Nr. 2 KO ist ein Anfechtungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger begründet, wenn ihm als Konkursgläubiger durch eine in den letzten 10 Tagen vor Zahlungseinstellung vorgenommene Rechtshandlung Befriedigung gewährt worden ist, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, daß ihm eine Begünstigungsabsicht des Überweisenden nicht bekannt war.

Der Übereisungsempfänger erlangt als Konkursgläubiger Befriedigung hinsichtlich seiner Forderung aus dem Valutaverhältnis. Dies geschieht durch die Erteilung einer Gutschrift, also vor Zahlungseinstellung. Die Gutschrift durch die Bank ist ein Handeln, das rechtliche Wirkungen auslöst, mithin eine Rechtshandlung⁴⁷⁾. Daß diese nicht vom Auftraggeber ausgeht, schadet nicht. Der Tatbestand des § 30 Nr. 1 2. Halbs. KO verlangt, wie sich aus einem Vergleich mit § 31 Nr. 1 KO ergibt, keine Rechtshandlung gerade des Gemeinschuldners⁴⁸⁾. Ob die im Wege der Überweisung erlangte Befriedigung eine solche ist, die

47) K/U, § 29 Rn. 6.

48) BGHZ 70, 177 (181).

der Gläubiger nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sogenannte inkongruente Befriedigung ist allerdings zweifelhaft. Eine inkongruente Befriedigung ließe sich allenfalls deshalb annehmen, weil der Gläubiger einer Geldforderung die Übereignung von gesetzlichen Zahlungsmitteln beanspruchen kann, im Falle der Gutschrift somit etwas erhält, was er nicht in der Art zu beanspruchen hatte. Bedenkt man jedoch, daß die Girozahlung infolge des vorherigen Einverständnisses des Gläubigers zur geschuldeten Leistung i.S.d. § 362 BGB wird⁴⁹⁾, so wird man sagen müssen, der Zahlungsempfänger hatte die Überweisung genauso, also in dieser Art, zu beanspruchen⁵⁰⁾. Sobald er den geschuldeten Betrag demnach vor Zahlungseinstellung erhält, scheidet eine Konkursanfechtung aus.

b) Gutschrift nach Zahlungseinstellung,
§ 30 Nr. 1 2. Halbs. KO

Erhält der Überweisungsempfänger die Gutschrift, nachdem sein Schuldner die Zahlungen eingestellt hatte, und wußte dies der Gläubiger, greift der Tatbestand des § 30 Nr. 1 2. Halbs. KO ein. Diese Vorschrift gilt nämlich auch bei kongruenter Befriedigung⁵¹⁾.

Anspruchsinhalt ist die Rückgewähr dessen, was anfechtbar aus dem Vermögen des Ge-

49) Kindermann, WM 1982, 318; Möschel, JuS 1972, 297 (298); Canaris, Rn. 304.

50) So schon RG LZ 1918, 770. Ebenso die Lit.: Fürst, LZ 1908, 407 (418); Baur/Stürner, Rn. 1132; K/U, § 30 Rn. 48; Hess/Kropshofer, § 30 Rn. 51; Heile, S. 85.

51) Baur/Stürner, Rn. 1129.

meinschuldners weggeben ist, § 37 I KO. Über den Umweg der Absenderbank (mittelbare Zuwendung) gelangte der überwiesene Betrag vom Auftraggeber zum Begünstigten, so daß dieser zur Rückgewähr des entsprechenden Betrages verpflichtet ist. Im Gegenzug lebt seine ehemals erloschene Forderung gemäß § 39 KO wieder auf und muß jetzt als einfache Konkursforderung zur Konkursstabelle angemeldet werden⁵²⁾.

IV. Ergebnis zu A: Durchführung des Überweisungsauftrags vor Konkurs-eröffnung

Die Bank des Auftraggebers hat regelmäßig keinen Grund zur Besorgnis. Soweit sie Überweisungsaufträge vor Konkurseröffnung ihres Kunden erledigt, kann sie den dabei entstehenden Aufwendungsersatzanspruch gegen ein evtl. Bankguthaben verrechnen. Die spätere Kundeninsolvenz berührt sie nicht, da weder Aufrechnungsverbote noch konkursrechtliche Anfechtungstatbestände eingreifen.

Gleiches gilt für den Überweisungsempfänger in der Regel nur vor Zahlungseinstellung. Dagegen muß er bei Gutschriften, die er nach Zahlungseinstellung seines Schuldners erhält, mit einer Anfechtung seitens des Konkursverwalters und der Rückgewähr des überwiesenen Betrages rechnen⁵³⁾

52) K/U, § 39 Rn. 2.

53) Im Ergebnis ebenso: Böhle-Stamschräder/Kilger, § 37 Anm. 1; K/U, § 37 Rn. 8 a; Meyer-Cording, S. 117.

B Durchführung des Überweisungsauftrags nach Konkurseröffnung

I. Verpflichtung zur Durchführung

1. Grundsatz: Keine Verpflichtung,
§ 23 II KO

Mit Eröffnung des Konkursverfahrens erlöschen "alle vom Kunden erteilten Aufträge" und die mit ihm geschlossenen Geschäftsbesorgungsverträge, § 23 KO. Demgemäß endet auch der Girovertrag¹⁾ und mit ihm die Pflicht, Überweisungsaufträge des Kunden zu erledigen.

2. Ausnahme: § 23 I 2 KO i.V.m.
§ 672 S. 2 BGB

Die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz enthält § 23 I 2 KO i.V.m. § 672 S. 2 BGB. Nach diesen Vorschriften wird der Fortbestand des Girovertrages und damit die Grundlage der Verpflichtung zur Erledigung des Überweisungsauftrags fingiert, wenn mit dem Aufschub der Überweisung Gefahr verbunden ist²⁾. Die Bank erwirbt dann gemäß den §§ 27 Fall 1 KO, 670 BGB eine

1) Heute unstreitig: Obermüller, Rn. 182; Meyer-Cording, S.112; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 113; Canaris, Rn. 495; Benstz, BB 1949, 500 (501); BGH WM 1974, 1127 (1128); BGH NJW 1976, 1845 (1846).

2) So z.B., wenn der Gemeinschuldner seine Pflichten aus einem Termingeschäft erfüllen will, das, wie die Bank weiß, für ihn äußerst vorteilhaft ist und von dem sich der Vertragspartner bei nicht pünktlicher Zahlung lösen kann; vgl. Obermüller, Rn. 193.

Masseforderung³⁾. Mit dieser Forderung kann sie gegen ein etwaiges Guthaben aufrechnen. Das seinem Wortlaut nach eingreifende Aufrechnungsverbot des § 55 S. 1 Nr. 2 KO ist teleologisch zu reduzieren⁴⁾: Die Vereitelung einer Sonderbegünstigung zum Nachteil der übrigen Konkursgläubiger, Schutzzweck des § 55 KO⁵⁾, steht nicht zur Debatte. Die Konkursordnung selbst hat die angewiesene Bank durch das Gewähren eines Masseanspruchs aus der Gesamtheit der Konkursgläubiger hervorgehoben und insoweit von Gesetzes wegen bevorzugt.

Grundsätzlich bleibt es aber dabei, daß eine Bank, die Überweisungsaufträge vor Kundenkonkurs erhält, diese nicht mehr durchzuführen braucht, wenn zwischenzeitlich das Konkursverfahren eröffnet wird⁶⁾.

Das nutzt der Bank aber nur, wenn ihr die Konkurseröffnung bekannt ist. Andernfalls wird sie den Auftrag erledigen, weil damit nach ihrer Vorstellung, zumindest bei einem Guthabensaldo, keine Nachteile verbunden sind. Aber auch bei Kenntnis kann es versehentlich zu einer Gutschrift auf dem Empfängerkonto kommen. Dann fragt sich, welche Auswirkungen diese nach Konkurseröffnung erledigte Überweisung auf

3) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 27; Fürst, LZ 1908, 407 (410); Quassowski/Albrecht, Art. 3 Rn. 24; Michaelis, § 3 Anm. 12, § 13 Anm. 11.

4) Canaris, Rn. 496; i.E.auch Obermüller, Rn. 193.

5) K/U, § 55 Rn. 2, 15; RGZ 124, 346 (349); BGHZ 30, 248 (250).

6) Schmidt, JuS 1976, 749 (750); Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 27.

die verschiedenen Rechtsverhältnisse hat. Wie sich zeigen wird, zählen zu den Rechtsverhältnissen in diesem Sinne nicht nur Valuta- und Deckungsverhältnis, sondern auch das Verhältnis Schuldnerbank - Überweisungsempfänger, das sogenannte Zuwendungsverhältnis.

II. Rechtsfolgen des nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich durchgeführten Überweisungsauftrags im Deckungsverhältnis Schuldnerbank - Überweisungsauftraggeber

1. Durchführung in Unkenntnis der Konkurseröffnung

a) Konto im Soll

Zugunsten der Bank, die einen Überweisungsauftrag des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung in Unkenntnis dieser Tatsache durchführt, greifen bestimmte Schutzvorschriften ein. Gemäß den §§ 23 I 2 KO, 674 BGB gilt der Girovertrag als fortbestehend, bis die Bank von seinem Erlöschen Kenntnis erlangt hat oder erlangen haben müßte. Hieran knüpft § 27 Fall 2 KO die Rechtsfolge, daß das Kreditinstitut mit seinem Ersatzanspruch aus § 670 BGB, der aufgrund des fiktiven Bankvertrages entstehen kann, einfache Konkursgläubigerin ist⁷⁾.

7) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 27; Meyer-Cording, S. 113; Putzo, S. 236; Canaris Rn. 502; Obermüller, Rn. 185; Kübler, BB 1976, 801 (804).

b) Konto im Guthaben

Fraglich ist, ob die §§ 23 I 2 KO, 674 BGB auch gelten, wenn das Konto des Gemeinschuldners bei Erledigung der Überweisung ausnahmsweise gedeckt war.

aa) Daran dürften an sich keine Zweifel bestehen. Die Vorschrift des § 23 I 2 KO stellt lediglich auf die Gutgläubigkeit des Angewiesenen ab. Danach würde die Bank auch hier nur eine einfache Konkursforderung gemäß den §§ 27 KO, 670 BGB erwerben. Diese könnte sie nicht gegen die Guthabenforderung des Gemeinschuldners verrechnen. Da sie dem Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an ihn erworben hat, steht das Aufrechnungsverbot des § 55 S. 1 Nr. 2 KO entgegen⁸⁾.

bb) Dieser Ansatz wird heute nicht mehr vertreten. Statt der §§ 23 I 2 KO, 674 BGB soll die Vorschrift des § 8 KO Anwendung finden⁹⁾. Zwar könne nicht § 8 I KO eingreifen, weil die Leistung der angewiesenen Bank nicht in die Konkursmasse, sondern an den Überweisungsempfänger gelange¹⁰⁾. Maßgeblich seien aber die Absätze

8) Düringer/Hachenburg/Breit, Anh. II zu §§ 363 - 365, Anm. 17; Kübler, BB 1976 801 (804); wohl auch Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365 Rn. 118.

9) Quassowski/Albrecht, Art. 3 Rn. 25; Fürst, LZ 1908, 407 (411); Staudinger/Lorenz, § 812 Rn. 51; K/U, § 8 Rn. 9 b; Aden, S. 44, 60; Canaris, Rn. 502.

10) Reuter/Martinek, § 11 III ee. ; Kübler, BB 1976, 801 (804); Jaeger/Henkel, § 8 Rn. 16.

zwei und drei des § 8 KO. Diese werden zum Teil unmittelbar angewandt, weil die Bank mit Durchführung der Überweisung ihre Guthabenschuld tilge und insofern an den Gemeinschuldner leiste¹¹⁾. Überwiegend wird § 8 KO jedoch analog angewandt. Wenn nämlich eine Bank mit befreiender Wirkung gegenüber der Masse an den nichtverfügbaren, d.h. empfangsberechtigten Gemeinschuldner leisten könne, so müsse dies nach dem Schutzgedanken der Vorschrift auch für im Auftrag des Gemeinschuldners an Dritte erbrachte Leistungen gelten. Daß diese nicht unmittelbar schuldtilgende Wirkung hätten, sondern erst über das Kontokorrent zur Tilgung des Guthabens führten, hindere nicht das Eingreifen von § 8 KO, zumal diese Zuwendungen nach der Lehre von der Simultanleistung ohnehin rechtlich als Leistungen der Bank an den Überweisenden anzusehen seien¹²⁾.

cc) Der BGH hat, soweit ersichtlich, zu dieser Frage noch nicht Stellung genommen. Jedoch läßt sich aus einem obiter dictum in BGH KTS 1980, 34 (37) die grundsätzliche Anerkennung von § 8 KO entnehmen. Wenn es nach Ansicht des BGH bei § 27 KO jedenfalls dann sein Bewenden habe, wenn das Konto des Überweisenden kein Guthaben aufweise, so liegt es nahe, daß der BGH bei

11) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 12, 16, 27, 28; Heile, S. 125; Möschel, JuS 1972, 297 (298); Breit, ZHR 64, 445 (512); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365 Rn. 117.

12) Canaris, Rn. 502; ders., Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (94); Hess/Kropfschofer, § 8 Rn. 11; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 8 Anm. 2; K/U, § 8 Rn. 96.

kreditorischem Konto anders entscheiden würde. Dafür spricht auch die Bezugnahme auf Canaris und Kübler, beide Autoren, die die Anwendung des § 8 KO vertreten. Aufschlußreich ist insoweit auch, daß die Formulierung des BGH wörtlich mit derjenigen von Canaris übereinstimmt. Canaris hat den Ausdruck "jedenfalls dann" gerade deswegen gewählt, um im anschließenden Satz die Geltung des § 8 KO zu begründen¹³⁾.

dd) Stellungnahme

Der heutigen Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Bestimmungen des § 8 KO und nicht die der §§ 23 I 2 KO, 674 BGB sind anzuwenden. Denn die Konkursordnung läßt einem Schuldner des Gemeinschuldners, und das ist die Bank bei Bestehen eines Guthabens, nur Kenntnis von der Konkurseröffnung, nicht hingegen fahrlässige Unkenntnis zum Nachteil gereichen¹⁴⁾. Das deckt sich mit § 407 BGB, der ebenfalls eine Schuldnerschutzvorschrift ist.

Allerdings scheidet eine unmittelbare Anwendung von § 8 KO aus. Die Bank will mit Durchführung der Überweisung nicht die Guthabenschuld tilgen, sondern den als wirksam vorgestellten Girovertrag erfüllen¹⁵⁾. Das Guthaben wird erst bei der kontokorrentmäßigen Verrechnung getilgt. Obwohl die Bank die Auszahlung des Gutha-

13) Canaris, Rn. 502; siehe auch (Vorauslage), Rn. 253.

14) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 12, 28.

15) Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (141, 154).

bens schuldet, leistet sie streng genommen somit nicht "auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit" i.S.d. § 8 KO. Das schließt die analoge Anwendung dieser Vorschrift jedoch nicht aus. Da die Bank die Konkurseröffnung nicht kennt, vertraut sie bei Durchführung der Überweisung auf die Möglichkeit zur Verrechnung mit einem Guthaben des Überweisenden. Im Augenblick ihres Tätigwerdens für den Gemeinschuldner glaubt sie demnach, alles getan zu haben, um diesem gegenüber von ihrer Schuld frei zu werden. Damit ist sie in der Situation, die der Vorschrift des § 8 KO zugrunde liegt¹⁶⁾.

Entgegen den Vertretern einer unmittelbaren Anwendung ist das Eingreifen von § 8 KO somit nicht versperrt¹⁷⁾, wenn man die Kontobelastung nicht als die schuldtilgende Leistung der Bank, sondern als die Verwirklichung eines verrechenbaren Aufwendungsersatzanspruches ansieht. Von der Vereinbarung eines Kontokorrents kann der Schutz des gutgläubig nach Konkurseröffnung leistenden Schuldners nicht abhängen.

Wegen der Maßgeblichkeit des § 8 KO erwirbt die Bank somit auch im Falle fahrlässigen Nichterkennens der Konkurseröffnung einen Aufwendungsersatzanspruch nach den §§ 670 BGB, 27 KO. Wie gesehen, könnte sie diesen wegen § 55 S. 1 Nr. 2 KO jedoch nicht zur Verrechnung gegen die Guthaben-

16) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (94 Fn. 61).

17) Breit, ZHR 64, 445 (512); Heile, S. 125; Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 28.

forderung verwenden. Das kann im Ergebnis nicht richtig sein. Wenn die wertungsmäßigen Voraussetzungen des § 8 II, III KO bei einer Girobank vorliegen, so müssen auch die Rechtsfolgen des § 8 II, III KO auf sie Anwendung finden. Die dort vorgesehene Schuldbefreiung würde durch das Eingreifen des Aufrechnungsverbots gerade verhindert. Die Norm des § 55 I 2 KO muß daher im Wege der teleologischen Reduktion¹⁸⁾ gegenüber der Schutzvorschrift des § 8 II, III KO zurücktreten¹⁹⁾.

Es bleibt festzuhalten: Eine vor Konkurs-eröffnung mit einer Girozahlung beauftragte Bank, die diesen Auftrag nach Konkurs-eröffnung erledigt, ist im Falle ihrer Gutgläubigkeit, die sich nach § 8 KO richtet, berechtigt, ihren Aufwendungsersatzanspruch gegen eine etwaige Guthabenforderung des Gemeinschuldners aufzurechnen²⁰⁾.

18) Ähnlich Kübler, BB 1976, 801 (805).

19) Im Ergebnis ebenso Meyer-Cording, S. 115 Fn. 10; Koller, in RGRK-HGB, § 383 Rn. 91.

20) Im Ergebnis ebenso: Obermüller, Rn. 184; ders., BuB III, Teil 15 Rn. 70; ders., Die Bank 1979, 495; Uhlenbruck, S. 299; Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 28; Heile, S. 122 f.; Canaris, Rn. 502; MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 82; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 8 Anm. 2; Meyer, S. 135; Meyer-Cording, S. 114; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 117; Michaelis, Art. 3 Anm. 12, Art. 13 Anm. 11; Reuter/Martinek, § 11 III ee.

3. Durchführung in Kenntnis der Konkurs- eröffnung

Führt die angewiesene Bank den Überweisungsauftrag des Gemeinschuldners trotz Kenntnis von der Konkursöffnung durch was wohl nur auf einem Versehen beruhen kann -, erübrigt sich eine Unterscheidung nach Guthaben- und Sollkonto. Mangels eines fiktiven Bankvertrages besteht keine Grundlage für das Entstehen eines Aufwendungsersatzanspruchs gemäß § 670 BGB. Dieser läßt sich auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag herleiten, weil die Zahlung in der Regel dem Interesse und Willen des Konkursverwalters widerspricht²¹⁾. Sollte der Konkursverwalter die nachkonkursliche Überweisung allerdings genehmigen, § 684 II BGB, so steht der Bank ein Aufwendungsersatzanspruch zu. Dieser ist entweder entgegen § 55 I Nr. 2 KO verrechenbar oder aber nach § 59 I Nr. 1 KO Masseforderung²²⁾. Soweit diese Voraussetzungen nicht vorliegen, muß die Bank die Belastungsbuchung löschen²³⁾.

In diesem Fall fragt sich, ob der Bank der überwiesene Geldbetrag endgültig verloren geht oder ob ihr eine Rückgriffsmöglichkeit gegen den Überweisungsempfänger zusteht. Es geht somit um die Rechtslage im sogenannten Zuwendungsverhältnis. Vorab ist jedoch auf das Valutaverhältnis einzugehen.

21) Obermüller, Rn. 187.

22) Canaris, Rn. 503; ders., WM 1980, 354 (358).

23) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 30; Kübler, BB 1976, 801 (805).

III. Rechtsfolgen des nach Konkurs-
öffnung gutgläubig oder versehent-
lich durchgeführten Überweisungs-
auftrags im Valutaverhältnis
Überweisungsauftraggeber - Über-
weisungsempfänger

1. Keine Erfüllung

Fest steht, daß der Überweisungsempfänger die nach Konkursöffnung auf seinem Konto gutgeschriebene Summe nicht behalten darf. Unabhängig von der strittigen Rechtsnatur der Erfüllung²⁴⁾ kann eine Tilgungswirkung der nach Konkursöffnung durch den Gemeinschuldner bewirkten Leistung nicht eintreten²⁵⁾. Zur Begründung sei auf die entsprechende Problematik beim Sachgeld verwiesen²⁶⁾. Dieses müßte der Empfänger ebenfalls herausgeben, wenn es zwar vor Konkursöffnung an ihn abge-
sandt, aber erst danach bei ihm eingetrof-
fen wäre, und zwar deshalb, weil der zwi-
schenzeitliche Verlust der Verfügungsmacht gemäß § 6 I KO zur Unwirksamkeit der Über-
eignung führte, § 7 I KO²⁷⁾. Daß ein
Gläubiger bei Erwerb von Buchgeld besser
stehen soll, ist nicht gerechtfertigt. Kon-
struktiv folgt dieses Ergebnis allerdings

24) Vgl. dazu Larenz, Schuldrecht I,
§ 18 I.

25) Canaris, Rn. 504; Münch/Komm/Lieb,
§ 812 Rn. 78; Meyer, S. 132; Putzo,
S. 162, 234; Stierle, S. 164, 165;
BGH NJW 1976, 1845; vgl. dazu Schmidt,
JuS 1976, 749 (750); grundlegend Hei-
le, S. 37 ff.

26) Canaris, Rn. 504.

27) Vgl. dazu K/U, § 7 Rn. 2; Larenz, AT,
§ 18 II c; Baur, § 19 B III 2 d.

nicht aus § 7 KO²⁸⁾. Die Gutschrift auf dem Empfängerkonto ist als Rechtshandlung der nicht in Konkurs befindlichen Bank wirksam. Abzustellen ist vielmehr auf den Rechtsgedanken des § 15 S. 1 KO. Nach Konkurseröffnung kann kein Gläubiger mehr volle Deckung aus der Konkursmasse, somit auch nicht aus Forderungen an Bankguthaben erwerben²⁹⁾.

Ein guter Glaube des Überweisungsempfängers hinsichtlich der Konkurseröffnung ist ohne Belang. Gutgläubigkeit wird nur im Immobilienverkehr geschützt, vgl. § 15 S. 2 KO. Ansonsten läßt sich aus § 8 KO entnehmen, daß die Konkursordnung lediglich den Schuldner schützt, der sich in Unkenntnis des Konkurses von seiner Schuld befreien will, nicht aber den Gläubiger, der nach Konkurseröffnung etwas aus der Masse verlangt³⁰⁾. Es bleibt festzuhalten: Ein Gläubiger, der nach Konkurseröffnung über das Vermögen seines Schuldners durch dessen Überweisung eine Gutschrift erhält, kann die überwiesene Summe auch bei Gutgläubigkeit nicht behalten. Er ist in jedem Fall einem Bereicherungsanspruch ausgesetzt. Fraglich ist nur, wem gegenüber: der Bank oder der Masse³¹⁾.

28) So Meyer, S. 132; LG Hamburg MDR 1966, 388; LG Düsseldorf KTS 1971, 293 mit Anm. Runge/Patermann; MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 78.

29) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 21, 31; Canaris, Rn. 504.

30) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 21; i.E. ebenso: MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 78; Meyer, S. 132; Putzo, S. 234; Canaris, Rn. 503; ders., WM 1980, 354 (357); Obermüller, Rn. 188; K/U, § 7 Rn. 2.

31) MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 78.

2. Bereicherungsausgleich im Valuta-verhältnis?

Ob der Bereicherungsausgleich im Valuta-verhältnis stattfindet, hängt vom Eingreifen des § 8 KO im Deckungsverhältnis ab.

a) § 8 KO greift ein

Für die Frage nach der Grundlage eines etwaigen Bereicherungsanspruchs ist entsprechend der Systematik des Gesetzes zunächst das Vorliegen einer Leistungskondition gemäß § 812 I 1 1. Fall BGB zu untersuchen. Das setzt voraus, daß im Verhältnis Überweisungsauftraggeber/Überweisungsempfänger eine Leistung erbracht wurde. Leistung ist die bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens³²⁾. Die Vermögensvermehrung auf seiten des Überweisungsempfängers hat die Schuldnerbank bewirkt. Gemäß der eingangs dargestellten Umleitungsfunktion einer Anweisung gilt diese Vermögensmehrung als Leistung des Überweisungsauftraggebers, wenn dieser seine Bank im Rahmen des Girovertrages wirksam angewiesen hat. Da der Girovertrag gemäß § 23 II KO erloschen ist, könnte auch die Anweisung und mit ihr die Umleitung auf den Überweisenden entfallen sein.

aa) Eine derartige Auffassung vertritt insbesondere Canaris. Er folgert aus der Unwirksamkeit des Girovertrages die Unwirksamkeit des Überweisungsauftrages

32) Larenz, Schuldrecht II, § 68 I a; Medicus, § 27 I; BGHZ 58, 184 (188); BGHZ 40, 272 (277).

analog § 168 S. 1 BGB³³⁾ (Erlöschenstheorie) und sieht damit zugleich die in dem Zahlungsauftrag liegende Anweisung als beseitigt an. Für die Fälle fehlender Anweisung sei allgemein anerkannt, daß die tatsächliche Zuwendung des Angewiesenen dem nur vermeintlich Anweisenden nicht als eigene Leistung zugerechnet werden könne³⁴⁾. Eine Leistungskondiktion scheide folglich aus. In Betracht komme nur eine Eingriffskondiktion gem. § 812 I 1 2. Fall BGB. Deren Voraussetzungen lägen auch vor, denn der Überweisungsempfänger habe Buchgeld erlangt, seine Kausalforderung mangels Leistung jedoch behalten und sei somit auf Kosten der Masse bereichert³⁵⁾.

bb) Eine Eingriffskondiktion ist auch nach Ansicht von Jaeger/Henckel gegeben, und zwar analog § 816 II BGB³⁶⁾.

33) Canaris, Rn. 504; ders., WM 1980, 354 (357); ebenso Heile, S. 57; Stierle, S. 164 f.

34) Canaris, WM 1980, 354 (357); Kübler, BB 1976, 801 (805).

35) Canaris, Rn. 504; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 119; ähnlich LG Hamburg MDR 1966, 338; LG Düsseldorf KTS 1971, 293.

36) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 21, 31. Ähnlich Heile, S. 57; K/U, § 8 Rn. 4. Diese Autoren vertreten im Gegensatz zu Canaris zwar die sogenannte "Bestandstheorie", wonach die Anweisung trotz Konkurseröffnung bestehen bleibt. Das wirkt sich für die Frage, ob die Masse geleistet hat, allerdings nicht aus. Die Anweisung soll nämlich nur in bezug auf das konkursfreie Vermögen fortbestehen. Das bedeutet, daß sie bezüglich der Konkursmasse unwirksam ist. So auch Meyer, S. 133. Zu der "Bestandstheorie" vgl. genauer S. 58 ff.

Der Gläubiger sei nämlich nichtberechtigter Empfänger der von der Bank gutgläubig erbrachten Leistung, weil er nach Konkursöffnung entgegen §§ 7, 15 KO keine volle Deckung aus der Konkursmasse beanspruchen könne. Da die gutgläubige Leistung der Bank wegen § 8 KO der berechtigten Masse gegenüber unwirksam sei, müsse der Empfänger das Erlangte analog § 816 II BGB an den Konkursverwalter herausgeben.

cc) Demgegenüber wird von anderer Seite eine der Masse zurechenbare Leistung und damit eine Leistungskondition gegen den Überweisungsempfänger bejaht³⁷⁾.

Putzo begründet das Vorliegen einer Leistung mit der These, daß es allein darauf ankomme, ob der Kontoinhaber die Überweisung tatsächlich veranlaßt habe³⁸⁾, während Meyer³⁹⁾ und Lieb⁴⁰⁾ auf eine rechtswirksame Anweisung als Voraussetzung für die Anerkennung einer Leistung abstellen. Vorliegend sei die Anweisung trotz § 23 II KO rechtswirksam. Infolge des fiktiven Girovertrages bestehe nämlich der Überweisungsauftrag und die in ihm enthaltene Zahlungsanweisung fort.

dd) Stellungnahme

Die Ansicht Putzos ist abzulehnen. Das Kriterium der tatsächlichen Veranlassung

37) Meyer, S. 135; Putzo, S. 234 f.

38) Putzo, S. 176, S. 236.

39) S. 90, 91, 135.

40) MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 71, 72, 74, 80, 82.

ist zu konturenlos. Beispielsweise soll es im Falle der Anfechtung gegeben sein⁴¹⁾. Dagegen soll es fehlen im Falle einer gefälschten Überweisung⁴²⁾. Gerade in Fälschungsfällen aber ist denkbar, daß der Kontoinhaber das Handeln des Nichtberechtigten durch Unachtsamkeit ermöglicht hat, so z.B. wenn er Überweisungsaufträge herumliegen läßt und dadurch das Vorhaben des Fälschers erleichtert⁴³⁾. Eine Zurechnung auf den Kontoinhaber ist hier mit Putzo sicher abzulehnen. Man kann aber wohl nicht sagen, daß der Schuldner die Überweisung nicht in kausaler Weise veranlaßt hat oder, wie es Putzo negativ formuliert, daß er "an der Überweisung völlig unbeteiligt war"⁴⁴⁾.

Die alleinige Maßgeblichkeit einer tatsächlichen Veranlassung bereitet auch Schwierigkeiten im Valutaverhältnis. Stellt man lediglich darauf ab, ob der Überweisende die Zahlung bewußt veranlaßt hat, müßte folgerichtig das Valutaverhältnis nach § 362 I BGB erlöschen⁴⁵⁾, obwohl der Valutaschuldner keine wirksame Bestimmung über die Tilgung der Kausalforderung gesetzt hat⁴⁶⁾. Zwar ist streitig, ob eine solche Tilgungsbestimmung er-

41) S. 166, 181.

42) S. 165.

43) Meyer, S. 66; Reuter/Martinek, § 11 III 4 h.

44) S. 167.

45) So in der Tat Putzo in allen Fällen tatsächlicher Veranlassung, vgl. S. 173-181. Eine Ausnahme soll wegen § 7 KO im Konkurs gelten, vgl. S. 176.

46) Ähnlich Meyer, S. 90, 118; Erman/Westermann, § 812 Rn. 22.

forderlich ist⁴⁷⁾. Diese Streitfrage kann hier indessen dahinstehen. Auch die Anhänger der Theorie der realen Leistungsbewirkung räumen ein, daß es Fälle gibt, in denen eine präzisierende Tilgungsbestimmung getroffen werden muß. Zu diesen Fällen gehören gerade diejenigen, in denen ein Dritter auf eine zwischen zwei anderen Personen bestehende Verbindlichkeit leistet. Das gilt entgegen Putzo⁴⁸⁾ nicht nur für die Leistung ohne Anweisung - § 267 BGB -, sondern auch und besonders für die anweisungsgemäße Leistung: Auch dort muß deutlich werden, daß die tatsächliche Zuwendung einer Person zum Forderungsuntergang in einem Schuldverhältnis zwischen zwei anderen Personen führen soll, an dem der Zuwendende nicht beteiligt ist. Der entscheidende und hier maßgebliche Unterschied zu § 267 BGB ist nur, daß die Tilgungsbestimmung nicht vom Zuwendenden stammt, sondern vom Anweisenden, der den Angewiesenen insoweit als Vertreter oder Bote einschaltet⁴⁹⁾. Damit steht jedenfalls für Dreiecksverhältnisse fest, daß der Eintritt der Erfüllungswirkung eine wirksame Tilgungsbestimmung voraussetzt⁵⁰⁾. Deshalb trifft auch der Hinweis Putzos, daß ein tatsächlich Veranlassender wie beispielsweise der beschränkt Geschäftsfähige zweifellos leisten und er-

47) Vgl. dazu MünchKomm/Heinrichs, § 362 Rn. 10; Larenz, Schuldrecht I, § 18.

48) S. 186.

49) Canaris, Festschrift für Larenz, S. 799 (821); Pinger, AcP 179, 301 (312 mit Fn. 69); MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 50; Reuter/Martinek, § 10 I 2 a.

50) Reuter/Martinek, § 11 III 4 a; MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 64; Axer, WM 1983, 192 (194); ausführlich dazu Meyer, S. 60 ff.

füllen könne⁵¹⁾, nicht den Kern der vorliegenden Dreiecksproblematik. Damit ist freilich nicht zwingend die Annahme ausgeschlossen, eine Tilgungswirkung könne unter Umständen auch bei fehlender oder unwirksamer Tilgungsbestimmung eintreten⁵²⁾. Zu prüfen wäre vielmehr, ob und inwieweit das Fehlen einer wirksamen Tilgungsbestimmung durch Rechtsscheingesichtspunkte ersetzbar ist⁵³⁾. Für die Zurechnung eines Rechtsscheins genügt aber nicht "eine auf natürlichem Willen beruhende Veranlassung" im Sinne Putzos⁵⁴⁾. Daß dies ein in allen Rechtsgebieten anerkanntes Kriterium der Risikoverteilung sei, trifft nicht zu⁵⁵⁾. Der Zurechnungsgedanke entstammt, wie Putzo zu Recht ausführt⁵⁶⁾, der Rechtsgeschäftslehre. Dort geht es um die Zurechnung von Rechtsfolgen. Deshalb ist eine rechtsgeschäftliche Zurechnung erforderlich. Der Einwand Putzos, im Bereicherungsrecht komme dem Zurechnungsgedanken nicht die gleiche Bedeutung zu⁵⁷⁾, geht fehl. Da die Leistungskondiktion der Rückabwicklung von (rechtsgeschäftlich) begründeten Schuldverhältnissen dient, muß sie sich den Zurechnungsmaßstäben der Rechtsgeschäftsleh-

51) Putzo, S. 159 f.; ähnlich auch Möschel, JuS 1972, 301 (302).

52) So zutreffend MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 65.

53) Aus der Sicht des Empfängers sieht es so aus, als liege eine auf Anweisung seines Schuldners erfolgte Leistung vor.

54) Putzo, S. 186.

55) Reuter/Martinek, § 11 III 4 a.

56) Putzo, S. 186; ebenso Meyer, S. 65.

57) Putzo, a.a.O.

re anpassen⁵⁸⁾. Die Auffassung Putzos von der Maßgeblichkeit eines natürlichen Willens im tatsächlichen Sinne ist daher abzulehnen. Eine Zurechnung der Bankzahlung auf den Überweisenden ist somit nur bei rechtswirksamer Anweisung möglich⁵⁹⁾.

Die Ansicht von Jaeger/Henckel stößt auf konstruktive Bedenken. Da der Leistungsbegriff nach h.M. eine Zweckbestimmung voraussetzt⁶⁰⁾, müßte die Bank dem Empfänger gegenüber bei Durchführung der Überweisung einen bestimmten Zweck verfolgen. Das tut sie, jedenfalls bei der außerbetrieblichen Überweisung nicht. Gerade im Falle von § 8 KO, wenn ihr die Konkursöffnung nicht bekannt ist, verfolgt sie nur dem Überweisenden gegenüber einen Zweck. Sie will dessen Giroweisuug ausführen. Folglich leistet die Bank nicht an den Überweisungsempfänger, sondern an den Auftraggeber, genauer gesagt an den Gemeinschuldner. Das bedeutet für die Vorschrift des § 816 II BGB: Deren Voraussetzungen liegen nicht im Verhältnis Bank - Masse - Überweisungsempfänger vor, son-

58) Reuter/Martinek, § 11 III 4 a; Meyer, S. 65.

59) So auch die h.M.: Staudinger/Lorenz, § 812 Rn. 51; Kupisch, ZIP 1983, 1412 (1418); Canaris, Festschrift für Lorenz, S. 799 (821, 822); Meyer-Cording, S. 51; Schwark, WM 1970, 1334; Medicus, Rn. 677; Jauernig/Schlechter, § 812 Anm. I 5 c cc; Weitnauer, DB 1984, 2966 (2500); Erman/Westermann, § 812 Rn. 22; Palandt/Thomas, § 812 Anm. 5 B b cc; Larenz, Schuldrecht II, § 68 III d.

60) BGHZ 66, 362 ff.; BGHZ 66, 372 ff.; BGHZ 69, 190 ff.; Weitnauer, DB 1984, 2496 (2497) m.w.N.

dern im Verhältnis Bank (= Leistender) -
Gemeinschuldner (= unberechtigter Empfänger)
- Masse (= Berechtigter).

Zwar vertritt Henckel die analoge Anwendung von § 816 II BGB, was sich daraus erklärt, daß Empfänger der Zahlung nicht der Gemeinschuldner, sondern der Gläubiger ist. Das ist grundsätzlich möglich. Denn wenn § 8 KO als bankmäßige Leistung an den Gemeinschuldner auch die auf sein Geheiß vorgenommene Zuwendung an den Überweisungsempfänger erfaßt, kann nichts anders für § 816 II BGB gelten, der systematisch auf § 8 KO aufbaut⁶¹⁾. Die analoge Anwendung einer Norm setzt jedoch eine planwidrige Lücke voraus. Der Rechtsanwender darf erst dann Recht ergänzen, wenn der Gesetzgeber untätig geblieben ist. Daran fehlt es hier. Wie sich im folgenden zeigen wird, läßt sich der Anspruch der Masse gegen den Überweisungsempfänger aus einer direkten Anwendung des § 812 BGB herleiten. Für eine Analogie besteht demnach kein Anlaß⁶²⁾.

Zu der Auffassung von Canaris ist folgendes zu sagen: Da Canaris das rechtliche Schicksal des Überweisungsauftrags analog § 168 I BGB von demjenigen des Girovertrages abhängig macht, leitet er folgerichtig aus dem konkursbedingten Erlöschen des Girovertrages die Unwirksamkeit des Überweisungsauftrages ab. Damit fehlt es sowohl im Deckungs- als auch im Valutaverhältnis an einer Leistungsbeziehung, denn mangels wirksamer Anwei-

61) Reuter/Martinek, § 8 III 1.

62) Ebenso Meyer, S. 135.

sung besteht keine Möglichkeit, die tatsächliche Zuwendung der Bank auf diese Verhältnisse "umzuleiten". Wenn aber der Girovertrag gemäß §§ 23 I 2 KO, 674 BGB fortbesteht und dasselbe analog § 168 S. 1 BGB für den Überweisungsauftrag gilt, müßten im Deckungs- und Valutaverhältnis an sich Leistungen vorliegen. Da es so angesehen wird, als ob der Überweisende seine Bank wirksam angewiesen hat, ist die von ihr vorgenommene Überweisung als ihre Leistung an den Kontoinhaber und gleichzeitig als dessen Leistung an den Empfänger zu werten.

Dagegen wendet Canaris ein, die §§ 23 I 2 KO, 674 BGB enthielten eine Fiktion nur zugunsten der Bank, nicht zugunsten des Empfängers⁶³⁾. Das ist richtig, verfangt aber nur, wenn der Überweisungsempfänger bei fiktiver Anweisung besser stünde als bei unwirksamer. Das ist nicht der Fall. Er hat den nachkonkurslich empfangenen Überweisungsbetrag in jedem Fall an die Masse abzuführen, entweder aus § 812 I 1 1. Fall bei fiktiver Anweisung oder nach § 812 I 1 2. Fall BGB bei fehlender Anweisung. Sein guter Glaube an die Nichteröffnung des Konkursverfahrens wird in beiden Fällen nicht geschützt. Vertrauensschutz bietet allein § 818 III BGB. Wenn dem aber so ist, besteht kein Grund, die Wirkungen der fiktiven Anweisung nach Deckungs- und Valutaverhältnis aufzuspalten⁶⁴⁾.

63) Canaris, Rn. 504.

64) Ebenso Meyer, S. 135; MünchKomm/Lieb, § 812, Rn. 80, 82.

Das hat überdies konstruktiv zwei Vorteile. Zum einen braucht man den in Anweisungslagen geltenden Grundsatz, daß der Anweisende von der Abwicklung ausgeschlossen bleiben müsse, wenn er keine wirksame Anweisung gegeben habe⁶⁵⁾, nicht wegen § 8 KO zu modifizieren⁶⁶⁾. Zum anderen deckt sich diese Lösung mit der Rechtslage bei der Übereignung von Bargeld, die Canaris jedenfalls für das Valutaverhältnis für vergleichbar hält⁶⁷⁾. Dort wäre der Empfänger ebenfalls einer Leistungskondition des Konkursverwalters ausgesetzt und keiner Eingriffskondition. Zwar gibt Canaris zu bedenken, daß man sich den Überweisungsvorgang nicht stets als unmittelbare Übereignung des Überweisenden an den Empfänger vorstellen dürfe, sondern als einen vermittelten konstruieren müsse, wenn die Interessen der Bank infrage stünden⁶⁸⁾. Die Interessen der Bank stehen hier jedoch nicht infrage. Sie sind bereits durch § 8 II, III KO gewahrt. Dank ihrer Gutgläubigkeit kann sich die Bank ausschließlich an den Konkursverwalter halten. Ob zwischen diesem und dem Überweisungsempfänger ein Bereicherungsausgleich stattfindet und welche Anspruchsnorm dafür maßgeblich ist, braucht die Bank nicht zu interessieren. Folglich ist die Parallelbewertung von Buch- und

65) Vgl. dazu Canaris selbst, Festschrift für Larenz, S. 799 (821); Medicus, Rn. 677; MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 54; Kupisch, ZIP 1983, 1412 (1418).

66) Nach Canaris wird ja die Masse in die Abwicklung der Überweisung trotz fehlender Anweisung eingeschaltet.

67) Canaris, Rn. 504.

68) Canaris, WM 1980, 354 (358).

Sachgeldzahlung durchaus angebracht. § 68 S. 1 BGB gilt daher analog mit der Folge, daß die Anweisung immer wirksam ist, wenn der Girovertrag wirksam ist⁶⁹⁾. Da der Girovertrag gemäß §§ 23 I 2 KO, 674 BGB fingiert wird, gilt gleiches für die Anweisung. Diese leitet daher die Überweisung auf das Valutaverhältnis um; die Gutschrift der Bank ist folglich eine Leistung des Überweisungsschuldners. Festzuhalten bleibt: Führt die Girobank einen Überweisungsauftrag nach Konkurs des Überweisenden durch, so muß der Überweisungsbegünstigte das bei ihm eingetroffene Buchgeld wieder zurückgewähren. Wird die Bank durch § 8 KO geschützt, ist Anspruchsinhaber der Konkursverwalter. Anspruchsgrundlage ist § 812 I 1 1. Fall BGB (Leistungskondition). Der Schuldner hat an seinen Gläubiger eine durch die Bank vermittelte Leistung erbracht, die wegen § 15 KO ihren Zweck verfehlte. Dieser Rückzahlungspflicht kann sich der Empfänger nicht durch Aufrechnung mit seiner nichtgetilgten Valutaforderung entziehen. Da seine Rückzahlungspflicht erst nach Konkurseröffnung entstanden ist, wird die Aufrechnung durch § 55 S. 1 Nr. 1 KO ausgeschlossen⁷⁰⁾. Der Kondiktionsanspruch trifft den Empfänger jedoch nicht unbillig. Für einen hinreichenden Vertrauensschutz sorgt § 818 III BGB, der beispiels-

69) Ebenso Hellmann, S. 291; Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (141); Aden, S. 44; vgl. auch Fallscheer/Schlegel, S. 36 für die Lastschriftermächtigung.

70) Meyer, S. 133, 134; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 119; Canaris, Rn. 504.

weise Anwendung findet, wenn der Empfänger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung Sicherheiten freigegeben hat⁷¹⁾.

b) § 8 KO greift nicht ein

Wenn § 8 KO nicht eingreift, findet kein Bereicherungsausgleich im Valutaverhältnis statt⁷²⁾. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Bank bösgläubig war, denn mangels wirksamer Anweisung besteht kein Leistungsverhältnis zwischen Masse und Überweisungsempfänger⁷³⁾. Sollte die Bank allerdings gutgläubig gewesen sein und § 8 KO nur wegen des debitorischen Kontostandes nicht zur Anwendung kommen, müßte man der Masse konsequenterweise einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger gewähren. Die Konkursmasse würde dann die volle Überweisungssumme erhalten, während sie der Bank gegenüber nur mit einer Konkursquote haftete, § 27 KO in Verbindung mit den §§ 674 BGB, 23 I 2 KO, 670 BGB. Ob dieses Ergebnis interessengerecht ist, kann erst nach Beurteilung des Zuwendungsverhältnisses entschieden werden.

71) Kübler, BB 1976, 801 (805); Münch-Komm/Lieb, § 812 Rn. 70 b; Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (100); ders., WM 1980, 354 (358); Meyer, S. 78 f.

72) Es sei denn, der Konkursverwalter genehmigt nach § 684 S. 2 BGB. Vgl. Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 23; Obermüller, Rn. 188.

73) Canaris, Rn. 503; Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 22, 31; i.E. ebenso Staudinger/Lorenz, § 812 Rn. 51; K/U, § 8 Rn. 9 b; Kübler, BB 1976, 801 (805); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 119; Stierle, S. 167; Obermüller, Rn. 188; ders., Die Bank 1979, 495. So auch der BGH für den in einem Domizilvermerk liegenden Zahlungsauftrag, vgl. BGH NJW 1976, 1845.

IV. Rechtsfolgen des nach Konkurs-
öffnung gutgläubig oder versehent-
lich durchgeführten Überweisungs-
auftrags im Zuwendungsverhältnis
Schuldnerbank - Überweisungsemp-
fänger

1. § 8 KO greift ein

Bei Eingreifen von § 8 KO hat die Bank keinen Ausgleichsanspruch gegen den Empfänger⁷⁴⁾. Da dieser den Überweisungsbetrag durch Leistung der Masse erhalten hat, steht einer Eingriffskondition durch die Bank⁷⁵⁾ der Grundsatz der Subsidiarität entgegen. Die Bank wird dadurch nicht benachteiligt. Sie erhält Ausgleich im Deckungsverhältnis.

2. § 8 KO greift nicht ein

a) Bank bösgläubig, Konto kreditorisch

aa) Ist der Bank bei Bearbeitung des Giroauftrags die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen ihres Kunden bekannt, so steht ihr die unmittelbare Kondition gegen den Empfänger zu⁷⁶⁾. Dies folgt konstruktiv aus der Unwirksamkeit des Girovertrages und der damit verbundenen Un-

74) K/U, § 8 Rn. 9 b; Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 24; Reuter/Martinek, § 11 III ee.

75) Eine Leistungskondition kommt wegen der Unanwendbarkeit des § 267 BGB nicht in Betracht; BGH NJW 1976, 1845 (1846); Möschel, JuS 1972, 297 (302).

76) Im Ergebnis ebenso Staudinger/Lorenz, § 812 Rn. 51; K/U, § 8 Rn. 9; BGH NJW 1976, 1845 (1846); Canaris, WM 1980, 354 (357); Kübler, BB 1976, 801 (805); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 119; Stierle, S. 167; Obermüller, Rn. 188; ders., Die Bank 1979, 495.

wirksamkeit der Anweisung, so daß, wie Canaris zu Recht betont, das maßgebliche Kriterium für die Gewährung der Durchgriffskondition erfüllt ist⁷⁷⁾. Dabei scheidet allerdings eine Leistungskondition aus. Die Gutschrift wird rechtlich nicht zu einer Leistung der Bank, nur weil sie ohne Anweisung erledigt wurde⁷⁸⁾. Gegeben ist vielmehr ein Anspruch wegen Bereicherung in sonstiger Weise gemäß § 812 I 1 2. Fall BGB⁷⁹⁾. Dieser ist auch nicht subsidiär wegen einer möglicherweise bestehenden Leistungsbeziehung zwischen Konkursmasse und Überweisungsempfänger. Mangels wirksamer Anweisung des Auftraggebers ist der Konkursmasse die tatsächliche Zuwendung der Bank rechtlich nicht als Leistung zuzurechnen.

bb) Dem hält Henckel entgegen, daß die Anweisung nicht völlig gegenstandslos sei⁸⁰⁾. Da der Gemeinschuldner über sein konkursfreies Vermögen wirksam disponieren könne, bleibe der Überweisungsauftrag insoweit wirksam⁸¹⁾. Deshalb stelle die Überweisung eine persönliche Leistung des Gemeinschuldners (also nicht der Masse) an den Empfänger dar. Folglich erlösche dessen Forderung aus dem Valutaverhältnis⁸²⁾. Wegen dieser Schuldtilgung sei

77) Canaris, Rn. 433, 503; ders., Festschrift Konkursordnung, S. 73 (97, 98).

78) Fraglich daher MünchKomm/Lieb, § 812 Rn 58, 72.

79) OLG Hamburg WM 1982, 249 (251); K/U, § 8 Rn. 9 b; Medicus, Rn. 677; Putzo, S. 172, 173; Larenz, Schuldrecht II, § 68 III d.

80) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 22, 25 f., 33.

81) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 30, 33.

82) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 26.

der Gemeinschuldner bereichert, weil er auch nach Konkurseröffnung von dem Überweisungsempfänger nicht mehr in Anspruch genommen werden könne. Da diese Bereicherung auf einer rechtsgrundlosen Leistung der Bank beruhe, der Girovertrag sei nach § 23 KO erloschen, könne die Bank vom Gemeinschuldner persönlich, nicht jedoch vom Empfänger der Überweisung kondizieren⁸³⁾.

cc) Stellungnahme

Gegen diese Lösung spricht, daß eine Wirkung zu Lasten des konkursfreien Vermögens nicht gewollt ist. Der Überweisungsauftrag bezieht sich auf ein bestimmtes Bankkonto, das aus der Zeit vor Konkurseröffnung stammt, und dieses ist nicht konkursfrei, sondern fällt in die Konkursmasse⁸⁴⁾.

Außerdem ist dem Überweisungsträger nicht zu entnehmen, ob er das konkursfreie Vermögen oder die Konkursmasse betrifft. Diese Informationen brauchen die Beteiligten aber. Wenn der Überweisungsempfänger seine Forderung zur Konkurstabelle anmelden will, muß er wissen, ob die Forderung überhaupt noch besteht. Auch die Bank benötigt Klarheit über Herkunft und Bezug der Anweisung. Anderenfalls kann sie nicht entscheiden, ob sie gegen den Empfänger oder gegen den Gemeinschuldner persönlich vorgehen soll.

83) Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 30, 33. Ähnlich Reuter/Martinek, § 11 III ee.

84) Canaris, Rn. 501; ders., WM 1980, 354 (358); K/U, § 8 Rn. 4; BGH NJW 1976, 1845.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Lösung Henckels den Überweisungsempfänger einseitig bevorzugt. Mit Konkursöffnung über das Vermögen seines Schuldners hat der Gläubiger wirtschaftlich gesehen eine wertlose Forderung. Das Insolvenzrisiko, das der Gläubiger mit seiner Vorleistung übernommen hatte, hatte sich bereits realisiert. Wenn er die irrtümliche Überweisung der Bank auf seine wertlose Forderung anrechnen darf, würde ihm dieses bereits eingetretene Risiko wieder abgenommen und der Bank auferlegt⁸⁵⁾.

Das ist nicht gerechtfertigt. Der Empfänger hat den Überweisungsbetrag infolge eines Versehens erlangt. Diese für ihn zufällige Vermögensmehrung kann ihm nicht deshalb zum Vorteil gereichen, weil er in gleicher Höhe eine Forderung gegen einen Dritten hat. Für zufälligen Vermögenszuwachs gilt der Grundsatz: "Wie gewonnen, so zerronnen"⁸⁶⁾. Die Ansicht Henckels ist daher abzulehnen. Der Überweisungsempfänger, nicht der Gemeinschuldner, ist der Bank gegenüber zum Ausgleich verpflichtet⁸⁷⁾.

Der teilweise geltend gemachte Einwand, die hier vertretene Auffassung sei mit den Wertungen des § 8 KO unvereinbar, weil die Bank danach nur bei Vorliegen von zwei Voraussetzungen geschützt sei⁸⁸⁾, verfängt nicht. Daß die Bank nur bei Gutgläubigkeit

85) Meyer, S. 134.

86) Medicus, Rn. 677.

87) I.E. ebenso BGH NJW 1976, 1845 (1846); OLG Hamburg WM 1982, 249 (251); Larenz, Schuldrecht II, § 68 III d.

88) Putzo, S. 235.

in den Genuß des § 8 KO kommt, heißt nicht, daß ihr der Überweisungsbetrag endgültig verloren gehen muß. § 8 KO stellt lediglich klar, daß es jedenfalls im Dekungsverhältnis keine Regreßmöglichkeit für die Bank gibt. In bezug auf das Zuwendungsverhältnis trifft § 8 KO keine Aussage und enthält insofern auch keine Wertung, gegen die die Anerkennung einer Durchgriffskondiktion verstoßen könnte. Die Kritik Putzos geht daher fehl⁸⁹⁾.

b) Bank gutgläubig, Konto debitorisch

Abschließend stellt sich die Frage, wie sich der Bereicherungsausgleich vollzieht, wenn die Bank gutgläubig ist und § 8 KO deswegen nicht eingreift, weil das Konto des Gemeinschuldners bei Konkurseröffnung debitorisch ist.

89) Putzo selbst nimmt statt der Durchgriffskondiktion der Bank eine Leistungskondiktion der Masse gegen den Zahlungsempfänger an und gibt der Bank dann ihrerseits eine Leistungskondiktion gegen die Masse, vgl. S. 234 ff., insbesondere S. 236. Abgesehen davon, daß bei unwirksamer Weisung kein Platz für Leistungsverhältnisse ist, ist nicht ersichtlich, welchen Vorteil diese Abwicklung übers Dreieck haben sollte. Das Anliegen Putzos, die Haftungsmasse des Gemeinschuldners zugunsten der Konkursgläubiger zu vermehren, wäre möglicherweise zwar ein solcher Vorteil. Dieser kann jedoch nicht auf dem von ihm vorgeschlagenen Weg erzielt werden. Wegen § 59 I Nr. 4 KO wäre nämlich der Bereicherungsanspruch der Bank eine Masseforderung, so daß die Überweisungssumme den Konkursgläubigern ohnehin nicht zustehen würde; vgl. dazu auch Canaris, Rn. 503; ders., WM 1980, 354 (358).

Auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung müßte man der Bank einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger versagen. Stattdessen erwirbt sie aufgrund des fortbestehenden Girovertrages einen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Konkursmasse. Wegen § 27 KO handelt es sich dabei lediglich um eine gewöhnliche Konkursforderung, so daß die Bank praktisch leer ausgeht. Dieses, so ließe sich anführen, habe die Bank selbst zu verantworten. Durch die Ausführung der Überweisung habe sie ihrem Kunden Kredit gewährt, und daher müsse sie die daraus resultierenden Risiken tragen⁹⁰⁾.

Wenn dem tatsächlich so wäre, müßte man dem Gemeinschuldner den Ratschlag erteilen, sein Girokonto kurz vor Konkurseröffnung noch kräftig zu überziehen. Denn ihm bzw. der Konkursmasse stünde bei jeder Überweisung nach Konkursbeginn ein Kondiktionsanspruch gegen den Empfänger in voller Höhe des Überweisungsbetrages zu, während er umgekehrt nur einer einfachen Konkursforderung ausgesetzt wäre. Ein solches Ergebnis, das zu Lasten einzelner Gläubiger auf eine Bereicherung der Masse hinausläuft, ist nicht Sinn der Konkursordnung, insbesondere nicht Sinn der Vorschrift des § 23 I 2 KO, die den Schutz des Beauftragten, nicht denjenigen der Masse bezweckt⁹¹⁾.

90) Meyer-Cording, S. 114; Michaelis, § 13 Rn. 11; Quassowski/Albrecht, Art. 3 Rn. 35; im Ergebnis auch Putzo, S. 236.

91) Meyer, S. 137; Meyer-Cording, S. 115; MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 81.

Eine weitere Ungereimtheit ergibt sich aus der Gutgläubigkeit der Bank. Hätte sie nämlich Kenntnis von der Konkursöffnung gehabt und die Überweisung versehentlich ausgeführt, hätte sie eine unmittelbare Kondiktion gegen den Empfänger und wäre nicht auf eine Konkursquote verwiesen worden. Bei einem Debetsaldo wird die Bank demnach für ihre Gutgläubigkeit "bestraft".

Zur Auflösung dieses Widerspruchs bieten sich zwei Möglichkeiten an: Entweder man behandelt den Aufwendungsersatzanspruch der Bank wie eine Masseschuld analog § 59 I Nr. 4 KO⁹²⁾, etwa aufgrund der Überlegung, daß die Masse der Bank gegenüber insofern bereichert ist, als ihr ein regulärer Anspruch aus Leistungskondiktion gegen den Übereisungsempfänger zusteht, wohingegen die Bank sich mit einer einfachen Konkursforderung begnügen muß, oder man billigt der Bank einen unmittelbaren Durchgriffsanspruch gegen den Empfänger zu ⁹³⁾.

Meines Erachtens liegt die richtige Lösung in der Gewährung der Durchgriffskondiktion ⁹⁴⁾. Auch bei dem ersten Vorschlag wird die Konkursmasse wertmäßig nicht tangiert, da sie nur dann der Bank gegenüber zu Unrecht bereichert ist, wenn sie ihren eigenen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger tatsächlich realisierte ⁹⁵⁾.

92) So Meyer, S. 137.

93) MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 81.

94) Im Ergebnis auch Schlegelberger/Helffermehl, Anh. zu § 365, Rn. 119; Staudinger/Lorenz, § 812, Rn. 51.

95) MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 80; Meyer, S. 137, 138.

Insofern trägt die Bank ausnahmsweise das Entreichungsrisiko des Valutagläubigers. Ist dem aber so, erweist sich die Abwicklung übers Dreieck und die damit verbundene Einschaltung der Masse als "überflüssiger Umweg"⁹⁶⁾. Vorzuziehen ist daher die Anerkennung eines unmittelbaren Durchgriffs der Bank gegen den Überweisungsbegünstigten⁹⁷⁾. Dagegen scheint zwar die infolge der wirksamen Anweisung bestehende Leistungsbeziehung zwischen Masse und Empfänger zu sprechen. Doch steht der Subsidiaritätsgrundsatz dann nicht entgegen, wenn die Bank auf den Schutz des ausschließlich in ihrem Interesse existierenden § 23 I 2 KO verzichtet⁹⁸⁾ und sich auf den Standpunkt stellt, die Anweisung sei infolge der Konkurseröffnung entfallen, um dann direkt gegen den Empfänger vorge-

96) MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 81; derselbe Gedanke liegt auch obiger Kritik an der Auffassung Putzos zugrunde.

97) Im Ergebnis tritt damit die gleiche Rechtslage ein wie bei Bösgläubigkeit der Bank, so daß nichts anderes gelten kann, wenn beide Gründe für das Nichteingreifen des § 8 KO kumulativ vorliegen.

98) MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 81. Ob man mit Lieb für diese Konstruktion das Institut der teleologischen Reduktion verwendet, mag dahingestellt bleiben. Unkomplizierter erscheint das Abstellen auf die Befugnis seitens der Bank, über den Schutz des § 23 KO zu disponieren. Auch in anderen Fällen, in denen jemand auf den Schutz einer ihn begünstigenden Regelung verzichten kann - z.B. § 407 I BGB, vgl. dazu BGHZ 52, 150 (154) m.w.N. oder § 243 I BGB, str., vgl. Jauernig/Vollkommer, § 243 Anm. 4 b bb -, käme man nicht auf den Gedanken einer teleologischen Reduktion, zumal diese die intendierte Wahlmöglichkeit gar nicht umfassen würde.

hen zu können. Die Tatsache, daß dieser seine eventuellen Einwendungen gegenüber dem Schuldner nicht gegenüber der Bank geltend machen kann, steht nicht entgegen. Der Verlust von Einwendungen aus dem Valutaverhältnis ist das Korrelat zum Schutz des "Anweisenden", der mangels wirksamer Anweisung von der Rückabwicklung der ihm nicht zurechenbaren Vermögensverschiebung ausgeschlossen bleiben muß. Der Schutz des Zahlungsempfängers wird durch § 818 III BGB gewährleistet.

V. Ergebnis zu B: Durchführung des
Überweisungsauftrags nach Konkurs-
eröffnung

Erhält eine Girobank Überweisungsaufträge dermaßen kurzfristig, daß deren Erledigung in die Phase nach Konkurseröffnung fallen würde, so ergibt sich folgende Rechtslage:

Grundsätzlich muß sie solche Zahlungsanweisungen nicht mehr bearbeiten, Ausnahme §§ 23 I 2 KO, 672 S. 2 BGB. Führt sie sie dennoch aus, weil ihr der Konkurs ihres Kunden nicht bekannt ist, so hat sie keine Nachteile zu befürchten. Bei kreditorischem Konto kann sie sich gemäß § 8 II, III KO an die Masse halten - in diesem Fall nimmt der Konkursverwalter Regreß beim Empfänger -, bei debitorischem Konto ist sie berechtigt, unmittelbar beim Überweisungsbegünstigten zu kondizieren. Auch bei versehentlicher Auftragserledigung ist das Kreditinstitut nicht schutzlos gestellt. Es hat dann die Möglichkeit des Durchgriffs gegen den Valutagläubiger,

dessen guter Glaube an die Wirksamkeit der Überweisungsleistung durch die Konkursordnung grundsätzlich nicht geschützt wird⁹⁹⁾.

C Ergebnis zum 2. Kapitel:

Konkurs des Überweisungsauftraggebers

Für die Rechtslage im Konkurs des Überweisungsauftraggebers ist der Zeitpunkt der Durchführung des Giroauftrags maßgebend:

Wird der Auftrag vor Konkurseröffnung bearbeitet, gilt im Valutaverhältnis § 362 I BGB; die Forderung des Überweisungsempfängers erlischt. Wird er nach Konkurseröffnung ausgeführt, gilt § 15 KO; der Gläubiger muß das Buchgeld wieder herausgeben, und zwar entweder an die Überweisungsbank (§ 812 I 1 2. Fall BGB) oder an den Konkursverwalter (§ 812 I 1 1. Fall BGB).

Die Situation der Bank des Gemeinschuldners ist gewöhnlich besser. Bei vor Konkurseröffnung durchgeführter Girozahlung lassen sich weder aus § 55 KO noch aus § 30 KO Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Verrechnung zwischen Guthaben und Belastungsbuchung ableiten. Nach Konkurseröffnung bearbeitet die Bank den Giroauftrag entweder gar nicht mehr (§ 23 II KO) oder hält sich, falls sie ihn gutgläubig oder versehentlich durchführt, entweder beim Konkursverwalter (§ 8 KO) oder beim Empfänger (§ 812 BGB) schadlos.

99) Canaris, Rn. 503.

3. Kapitel: Konkurs des Überweisungs- empfängers

Wie in der Einleitung dargelegt, muß man bei der im Konkurs des Überweisungsempfängers anfallenden Problematik zwei Fallgruppen unterscheiden: Zahlungseingänge vor und Zahlungseingänge nach Konkurseröffnung. Ganz ähnlich wie bei der Insolvenz des Auftraggebers gilt es, drei Fragen zu klären: Erstens die Frage nach der Pflicht der Bank zum Tätigwerden, hier also zur Erteilung einer Gutschrift, und anschließend die Frage nach den Rechtsfolgen einer tatsächlich erteilten Gutschrift, wobei man zweckmäßigerweise Deckungs- und Valutaverhältnis trennen sollte.

A Zahlungseingang vor Konkurseröffnung

Unter Zahlungs- oder Deckungseingang wird im folgenden der Zeitpunkt verstanden, in dem die Bank des Begünstigten Deckung für die Erteilung einer Gutschrift erhält oder, anders ausgedrückt, der Zeitpunkt, in dem der Begünstigte einen Anspruch auf Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten (§§ 675, 667 BGB) erwirbt¹⁾. Dies ist bei der Hausüberweisung schon dann der Fall, wenn die Bank das Konto des Auftraggebers belastet hat²⁾. Bei der außerbetrieblichen Überweisung dagegen läßt sich von Zahlungs- oder Deckungsein-

1) Obermüller, Rn. 233; Polke, S. 41 ff., insbesondere S. 46; Baumbach/Duden/Hopt, BankGesch, Anm. III 3 A.

2) Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 54; Kübler, BB 1976, 801 (802).

gang erst mit Gutschrifterteilung auf dem Konto der Empfängerbank sprechen³⁾.

I. Verpflichtung zur Gutschrift

Gehen zugunsten eines Kunden, der in Zahlungsschwierigkeiten steckt oder seine Zahlungen gar schon eingestellt hat, bei der Bank Überweisungsbeträge ein, so kann sich für die Empfängerbank die Frage stellen, ob sie diese Beträge gutschreiben muß oder ob sie möglicherweise verpflichtet ist, den Überweisenden vorher auf die finanzielle Situation des Zahlungsempfängers hinzuweisen.

1. Warnpflicht der Empfängerbank

Unter dem Stichwort von der Warnpflicht der Empfängerbank vertreten Rechtsprechung und Teile der Literatur die Auffassung, daß sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis eine Warnpflicht der Bank ergeben könne, wenn sie Kenntnis von der Zahlungseinstellung ihres Kunden oder auch nur vom unmittelbaren Bevorstehen seines wirtschaftlichen Zusammenbruchs habe, mit der Folge, daß sie die Überweisung anhalten und zunächst beim Auftraggeber nachfragen müsse, ob er unter den gegebenen Umständen an der Durchführung der Überweisung fest-

3) Obermüller, Rn. 233; vgl. auch Gerth, BB 1978, 689 Fn. 2.

halten wolle⁴⁾. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Warnpflicht entstehen soll, beantwortet diese Ansicht nicht in allgemeingültiger Weise. Maßgeblich sei eine Abwägung zwischen den Pflichten der Bank aus der Geschäftsbeziehung mit dem Überweisungsempfänger und ihren Pflichten gegenüber dem Überweisungsauftraggeber⁵⁾. Für diese Interessenabwägung soll es keinen Unterschied machen, ob es sich um eine Haus- oder um eine außerbetriebliche Überweisung handelt. Die Bank habe die mit einer Warnpflicht konkurrierenden Belange ihres Kunden unabhängig davon zu wahren, ob sie gleichzeitig in Vertragsbeziehung zu dem Überweisenden stehe⁶⁾.

In Anwendung dieser Grundsätze werden sodann die konträren Interessen der drei Beteiligten - Bank, Empfänger, Auftraggeber - gegeneinander abgewogen. Unter Berufung auf den massenhaften und schematischen Charakter des modernen Überweisungsverkehrs, der der Empfängerbank eine genauere Einsichtnahme in die Valutabeziehung un-

4) Grdl.: RG Recht 1914 Nr. 479; BGH WM 1960, 1321 (1322); vgl. auch Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 22; Klein, ZHR 55, 181 (190 f.); K/U, § 55 Rn. 7 d; Kübler, BB 1976, 801 (802), der sich allerdings nur zur Rechtslage nach Konkurseröffnung äußert.

5) Hellner, ZHR 145, 109 (123); Obermüller, Rn. 227.

6) Sandberger, BB 1976, 487 (490); Obermüller, ZIP 1981, 1045 (1046); Hellner, ZHR 145, 109 (124); Canaris, Rn. 252; a.A. nur Kübler, BB 1976, 801 (802).

möglich mache⁷⁾, gelangt die obige Ansicht nur, aber dann auch immer zur Anerkennung einer Warnpflicht, wenn die Bank Kenntnis hat, daß die Gutschrift auf dem Konto des Empfängers angesichts dessen wirtschaftlicher Notlage ersichtlich zu einer Schädigung des Überweisenden führen wird⁸⁾.

2. Stellungnahme

Auffallen muß zunächst die Gleichbehandlung von Haus- und außerbetrieblicher Überweisung. Wenn die Empfangsbank "unter Umständen nach Treu und Glauben aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis"⁹⁾ zur Warnung des Auftraggebers verpflichtet ist, so muß diesem gegenüber auch ein Geschäftsbesorgungsverhältnis bestehen. Dementsprechend betrafen alle in der Rechtsprechung bislang behandelten Fälle, in denen eine Warnpflicht aus § 242 BGB diskutiert wurde, den Fall der Hausüberweisung¹⁰⁾. Im Rahmen einer außerbetrieblichen Überweisung wurde eine Warnpflicht der Empfängerbank bisher nicht anerkannt. Das wäre nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, der eine rechtliche Sonderverbin-

7) BGH WM 1972, 308 (309); BGH WM 1976, 904 (905).

8) BGH WM 1961, 510 (511); BGH WM 1978, 588 (589); Canaris, Rn. 496 i.V.m. Rn. 105; vgl. auch Rn. 540, 615 zur entsprechenden Rechtslage beim Lastschriftinkasso.

9) BGH WM 1978, 588 (589).

10) RG Recht 1914, Nr. 479; BGH WM 1960, 1321 (1322); BGH WM 1961, 510 (511).

derung voraussetzt¹¹⁾, auch nicht möglich.
In Betracht käme allenfalls eine Anwendung
des § 826 BGB¹²⁾.

Das bedeutet: Das Problem der Warnpflicht
gemäß § 242 BGB besteht entweder nur bei
der Hausüberweisung oder nur im Verhältnis
Überweisender - Überweisungsbank¹³⁾. Da
es jedoch unwahrscheinlich ist, daß die
Überweisungsbank den wirtschaftlichen Zu-
sammenbruch einer für sie fremden Person
kennt, orientiert sich die vorliegende Un-
tersuchung primär an dem Fall des Hausgi-
ros.

Bevor man zur Statuierung einer Warnpflicht
kommt, die weder im Girovertrag noch in den
§§ 662, 675 ff. BGB eine Grundlage findet,
gilt es zunächst zu klären, ob es der Annah-
me einer Warnpflicht überhaupt bedarf. Soll-
te der Überweisende auch ohne Warnung ge-
schützt sein, wäre die Annahme einer Warn-
pflicht, die ausschließlich dem Schutz
des Auftraggebers dienen soll, überflüssig.
Warnen läßt sich nur vor Umständen, die den
zu Warnenden im Falle des Unterbleibens der
Warnung nachteilig trafen. Wer daher die
rechtliche Anerkennung einer Warnpflicht
fordert,

11) Larenz, Schuldrecht I, § 10 I; Pa-
landt/Heinrichs, § 242 Anm. 1 c;
MünchKomm/Roth, § 242 Rn. 53.

12) Vgl. dazu BGH WM 1963, 829; OLG Ham-
burg, BB 1961, 1075. Dort ging es al-
lerdings um Ersatzansprüche des Emp-
fängers gegen eine Zwischenbank wegen
des Zusammenbruchs der Empfängerbank.

13) In diesem Sinne auch Canaris, Rn. 105;
Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu
§ 365, Rn. 22.

geht stillschweigend¹⁴⁾ davon aus, daß es bei Zahlungseingängen vor Konkurs des Gläubigers Fälle gibt, in denen der Überweisende Schaden nimmt und die durch eine Warnung seitens der Bank hätten vermieden werden können. Nur unter dieser Prämisse ist eine Warnpflicht überhaupt denkbar. Zu untersuchen bleibt, wann es Fälle der obigen Art gibt.

Will der Auftraggeber - wie in aller Regel - mit der Überweisung eine fällige Schuld für eine bereits erhaltene Leistung begleichen, ohne seinerseits einen Gegenanspruch zu haben, wird er gegen die Durchführung der Überweisung auch bei drohendem Zusammenbruch seines Gläubigers keine Einwände haben. Vielmehr kann eine verspätete Ausführung für ihn zu einer Verzugshaftung führen¹⁵⁾. Kommt es später dann zur Konkurseröffnung, gib es für den Auftraggeber ebenfalls keinen Grund zur Besorgnis, da, wie die Prüfung im 2. Kapitel gezeigt hat, die schuldnerische Leistung auf eine bestehende Verbindlichkeit keinem Anfechtungstatbestand gemäß § 30 KO unterfällt und damit konkursfest ist. Für den

14) Obermüller, Rn. 226 beispielsweise stellt insoweit lediglich fest, daß die girovertragliche Pflicht der Bank zur Gutschrift gem. §§ 675, 667 BGB mit den Interessen des Überweisenden kollidieren kann. Eine genauere Untersuchung der Interessen der Bank des Auftraggebers findet sich bei ihm erst nach grundsätzlicher Bejahung der Warnpflicht, vgl. Rn. 227. Im Aufbau ähnlich Hellner, ZHR 145, 109 (122) und Kübler, BB 1976, 801 (802). Wie hier Sandberger, BB 1976, 487 (490).

15) Hellner, ZHR 145, 109 (122); Obermüller, Rn. 227; ders., ZIP 1981, 1045 (1047).

Großteil der Fälle also, in denen der Überweisende auf eine bestehende Verbindlichkeit leistet, scheidet eine Pflicht der Bank zur Warnung des Auftraggebers von vornherein aus. Dessen Interessen werden bereits durch die Konkursordnung gewahrt. Mithin sind keine nachteiligen Rechtsfolgen ersichtlich, vor denen gewarnt werden müßte. Das aber war die Voraussetzung für die Konstruktion einer Warnpflicht auf der Grundlage des § 242 BGB.

Eine Warnpflicht kommt demnach erst in Betracht, wenn der Überweisende beispielsweise eine Vorauszahlung erbringt oder wenn er bei Kenntnis des drohenden Konkurses ein Zurückbehaltungsrecht hätte. Hier besteht in der Tat die Gefahr, daß der Überweisende angesichts der wirtschaftlichen Verhältnisse des Empfängers die ihm gebührende Gegenleistung nicht erhält oder sein Zurückbehaltungsrecht nicht einredeweise geltend macht¹⁶⁾.

Wollte man der Empfängerbank jedoch allein aufgrund dieser Schadensgefahr eine Pflicht zur Rückfrage beim Überweisenden auferlegen, so würde man diesen von einem Risiko befreien, das er bei Barzahlung selbst zu tragen hätte. Dort nämlich müßte er sich mit dem (teilweisen) Ausfall für seine Forderungen abfinden, ohne zuvor von informierter Seite über die wirtschaftlichen Gefahren seiner Zahlungsweise aufge-

16) Obermüller, Rn. 227, 232; ders., ZIP 1981, 1045 (1046, 1049); Canaris, Rn. 105; Hellner, ZHR 145, 109 (122); Kübler, BB 1976, 801 (802).

klärt worden zu sein. Da die Tätigkeit der Bank in bezug auf das Valutaverhältnis aber lediglich leistungsvermittelnden Charakter hat, ist eine Besserstellung desjenigen, der sich zur Begleichung seiner Schulden der gewöhnlichen Technik der Überweisung bedient, wertungsmäßig nicht gerechtfertigt. Will er sich die Kenntnisse der Bank über die wirtschaftliche Lage ihres Kunden zunutze machen, so muß er, wie der BGH zu Recht betont¹⁷⁾, einen entsprechenden Auftrag erteilen oder einen Auskunftsvertrag abschließen. Falls der Zahlungspflichtige dies versäumt und durch die Absendung des Überweisungsauftrags seine Zahlungsbereitschaft zu erkennen gibt, muß er sich daran festhalten lassen, und es bedeutete einen erheblichen Ausbau seiner Rechtsstellung, würde man ihm eine - erst bei drohendem Schaden einsetzende - Widerrufsmöglichkeit gewähren, was im Ergebnis auf die Zubilligung eines allgemeinen Reuerechts hinausliefe.

Die Anerkennung einer Warn- und Aufklärungspflicht verkennt aber nicht nur die Rechtsstellung des Überweisenden, sondern auch diejenige der Bank und des Überweisungsempfängers.

Die Funktion der Empfängerbank im Überweisungsverkehr ist die einer Kassenshalte-

17) BGH WM 1960, 1321 (1322); zustimmend Obermüller, Diss. S. 76.

rin¹⁸⁾. Sie soll den bargeldlosen Zahlungsverkehr ihres Girokunden vermitteln und die eingehenden Überweisungsaufträge an ihn weiterleiten¹⁹⁾. Im Interesse einer möglichst zügigen und reibungslosen Abwicklung dieses Zahlungsverkehrs hat sie sich aus den zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen herauszuhalten²⁰⁾.

Gerade im Zeitalter der Massenhaftigkeit der Geschäftsvorgänge ist ein geordneter Giroverkehr nicht möglich, wenn nicht die Bank ihre ganze Sorgfalt lediglich auf die Ausführung der einzelnen Einzahlungen richtet, den von den Parteien des Valutaverhältnisses verfolgten Zwecken jedoch mit "passiver Gleichgültigkeit" gegenüberstehen darf²¹⁾. Mit der so gekennzeichneten Stellung der Bank ist es unvereinbar, wenn sie nach eigenem Ermessen Hinweise erteilt, um Schaden von dem Überweisenden abzuwenden und damit genau in die Verteilung derjenigen Risiken eingreift, die sie nichts angehen. Außerdem ist es der Bank arbeitstechnisch und organisato-

18) RGZ 54, 329 (333); ebenso KG in OLGZ 6, 76; OLG Hamburg JW 1931, 548 (550); zustimmend Ohse, JW 1931, 549; OLG Hamburg Hanseatische Gerichtszeitung 1893, Nr. 4 zitiert bei Brodmann, ZHR 48, 121 (161). Ebenso Hadding/Häuser. ZHR 145, 138 (151).

19) Brodmann, ZHR 48, 121 (144); Klein, ZHR 55, 181;; MünchKomm/Seiler, § 675 Rn. 28; MünchKomm/Hüffer, § 780, Rn. 39.

20) Canaris, Rn. 104; BGH WM 1961, 510; BGH WM 1962, 460 (461); BGH WM 1972, 308 (309).

21) Brodmann, ZHR 48, 121 (162 f.); Benstz, BB 1949, 500 (501); BGH WM 1978, 588 (589); LG Kiel ZIP 1981, 501 (502).

risch nicht zumutbar, bei sämtlichen für einen Kunden eingehenden Überweisungen zurückzufragen und den Eingang der Antworten zu überwachen²²⁾.

Schließlich darf nicht übersehen werden, daß die Bank aufgrund des fortbestehenden Girovertrages dem Empfänger gegenüber zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet ist und schon aus diesem Grunde alle Tatsachen, von denen sie im Rahmen der Geschäftsbeziehung Kenntnis erlangt, vertraulich zu behandeln hat und gegenüber Dritten grundsätzlich nicht preisgeben darf²³⁾. Zwar ist dieses nur ein Grundsatz. Doch wie sich aus der kontroversen Diskussion um die Neufassung von Ziff. 10 AGB/B ergibt - dort handelt es sich sogar nur um ein Mitteilungsrecht der Bank -, geht die Tendenz eindeutig in Richtung auf einen Ausbau der Verschwiegenheitspflicht. Nur diese Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes läßt sich auch mit der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vereinbaren, das in dem sogen. "Volkszählungsurteil"²⁴⁾ ein Recht auf "informationelle Selbstbestimmung" anerkannte²⁵⁾.

22) Obermüller, Diss. S. 77; ders., ZIP 1981, 1045 (1047).

23) Hellner, ZHR 145, 109 (124); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365 Rn. 22; Obermüller, Rn. 228; BGHZ 27, 241 (245).

24) BVerfG, Urteil vom 15.12.1983, BVerfGE 65, 1 (43).

25) Einlaßquelle für die insoweit maßgeblichen Grundrechte der Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ist die Generalklausel des § 242 BGB. Vgl. dazu Dürig, in Maunz/Dürig/Herzog, Art. 1 Abs. III, Rn. 132.

Damit ist zugleich das angesprochen, was der Annahme einer Warnpflicht grundlegend entgegensteht, nämlich die Rechts- und Interessenlage des Überweisungsempfängers.

Gerade im Falle wirtschaftlicher Bedrängnis ist er, wie jeder andere Gläubiger auch, auf den pünktlichen Eingang der Zahlungen angewiesen. Ein Hinweis seiner Bank auf die gegebenen Umstände wird zumeist zu einem Abwarten auf seiten des Geschäftspartners, wenn nicht zum völligen Einfrieren der Geschäftsbeziehung führen²⁶⁾. Da entsprechende Informationen in aller Regel schnell weitergereicht werden²⁷⁾, erfahren auch solche Schuldner von der Krise ihres Gläubigers, die nicht durch die Empfängerbank informiert wurden. So kommt es, daß nicht nur gewarnte Schuldner ihre Zahlungen verweigern, sondern auch diejenigen, die den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Empfängers lediglich vom "Hörensagen" kennen. Die Folgen der Warnung für den Überweisungsgläubiger erschöpfen sich daher nicht in dem Ausbleiben vereinzelter Zahlungen. Vielmehr bestehen sie in dem Verlust der gerade in Krisenzeiten notwendigen Liquidität. Unter diesen Umständen kommt die Warnung infolge des mit ihr verbundenen Gesichtsverlusts einem Todesurteil über das bereits angeschlagene Unternehmen gleich²⁸⁾. Wer der Bank gleichwohl eine Pflicht zur Warnung auferlegt,

26) Hellner, ZHR 145, 109 (123).

27) Obermüller, ZIP 1981, 1045 (1047); Hellner, ZHR 145, 109 (124).

28) Meyer-Cording, S. 119; Obermüller, ZIP 1981, 1045 (1047).

macht sie zwangsweise zu der ausschlaggebenden ökonomischen Entscheidungsinstanz. Von ihrer Einschätzung der Lage des Kunden hinge es ab, ob das Unternehmen Konkurs anmelden muß oder nicht. Bedenkt man ferner, wie groß die Gefahren der Fehleinschätzung insoweit sind - angesichts der Schwierigkeiten, die schon bei der ex-post-Feststellung der Zahlungseinstellung auftreten, sind diese Bedenken nicht von der Hand zu weisen -, so erkennt man, welche außerordentliche Machtstellung der Empfängerbank im Falle einer Warnpflicht eingeräumt bzw. aufgebürdet würde. Es ist daher weniger die unmittelbare Wirkung der bankmäßigen Warnung, die der Annahme einer solchen Pflicht entgegensteht, als vielmehr die praktische Unmöglichkeit, deren mittelbare Folgen zu begrenzen: Ungewollterweise trägt die Bank mit ihrer Information zum Eintritt desjenigen Umstandes bei, vor dem sie warnt. Deshalb schlägt das Argument der Befürworter einer Warnpflicht, die Bank laufe ohne Warnung möglicherweise Gefahr, an einer Schädigung ihres Kunden mitzuwirken²⁹⁾, nicht durch. Denn ebensowenig darf die Bank ihren anderen Kunden schädigen, und diese Schädigung ist nicht nur möglich, sondern steht mit ziemlicher Sicherheit fest und ist darüber hinaus viel gravierender, weil irreparabel. Wenn man daher schon mit dem Argument der Schadensabwendung arbeiten möchte, so doch eher zugunsten des Zahlungsempfängers. Andernfalls beginge man denselben Fehler wie die Anhänger der Warnpflichtlösung, die in dem Bestreben nach Schutz des einen Bankkunden

29) So Canaris, Rn. 105.

den Schutz des anderen aus den Augen verlieren und auf diese Weise dessen Schädigung, wenn auch unbeabsichtigt, hervorrufen.

Aufgrund dieser Überlegungen ist den Interessen des Überweisungsgläubigers im Vorstadium der Konkursöffnung prinzipiell Vorrang einzuräumen. Eine Verpflichtung seiner Bank zur Rückfrage beim Auftraggeber besteht grundsätzlich nicht³⁰⁾.

Etwas anderes gilt in dem Ausnahmefall, in dem die Bank sichere Kenntnis von der erfolgten und nicht mehr reparablen Zahlungseinstellung³¹⁾ des Empfängers hat, wenn sie also weiß, daß der Gläubiger nicht mehr zu retten ist, so daß die Gutschrift auf seinem Konto unausweichlich zu einer Schädigung des Überweisenden führen muß. Wenn die Bank ihren Kunden derart sehenden Auges "ins offene Messer" laufen läßt, so wird man sagen müssen, daß sie ihre Überweisungsleistung nicht so bewirkt, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Vielmehr hätte sie unter diesen Umständen den Auftraggeber von dem als sicher zu erwar-

30) I.E. ebenso Brodmann, ZHR 48, 121 (162 f.); Düringer/Hachenburg/Breit, Anh. II zu §§ 363 - 365, Anm. 2; Meyer-Cording, S. 119, allerdings in gewissem Widerspruch zu S. 20; Benstz, BB 1949, 500 (501) m.w.N. in Fn. 14; Obermüller, ZIP 1981, 1045 (1047); ders., Diss. S. 77.

31) Vor Zahlungseinstellung kommt wegen der aufgezeigten Gefahr der Fehldiagnose eine Warnpflicht somit nicht in Betracht.

tenden Schaden warnen müssen³²⁾. In diesem Fall wäre auch eine Anwendung des § 826 BGB im außerbetrieblichen Überweisungsverkehr gerechtfertigt³³⁾. Wo es für die Bank an dieser Ersichtlichkeit des Schadens fehlt, ist es nach dem Vorstehenden jedoch nicht gerechtfertigt, eine Warnpflicht der Bank zu begründen³⁴⁾. Vielmehr ist sie aufgrund des bestehenden Girovertrages zur Gutschrift verpflichtet.

Dabei ist es keineswegs so, daß die Gutschrift immer vor Konkurseröffnung erteilt werden müßte. Da der Anspruch des Begünstigten auf Gutschrift gemäß § 667 BGB, wie gesehen, bereits in dem Zeitpunkt entsteht, zu dem seine Bank Deckung erhalten

32) Hellner, ZHR 145, 109 (124).

33) So auch BGH WM 1963, 829 (830): "Die Gutschrift ist mißbräuchlich, wenn sie ersichtlich nur zu einer Schädigung (des Empfängers) führen kann."

34) Kübler, BB 1976, 801 (803); Hellner, ZHR 145, 109 (137). Damit erweist sich die bereits im Jahre 1903 ergangene Entscheidung des RG, vgl. RGZ 54, 329, als zutreffend. Spätere ober- und höchstrichterliche Entscheidungen - vgl. OLG Hamburg, BB 1961, 1075; BGH WM 1963, 829 -, die in der Literatur größtenteils als Revision der ursprünglichen Auffassung gewertet werden - vgl. Hellner, ZHR 145, 109 (123); Obermüller, Rn. 226 -, stehen in Wahrheit dazu nicht in Widerspruch. Im Falle des RG fiel der Zahlungsempfänger, in den anderen Fällen die Bank des Zahlungsempfängers in Konkurs. So zutreffend Sandberger, BB 1976, 487 (490) mit Fn. 24; ebenso Meyer-Cording, S. 56.

hat³⁵⁾, muß die Bank die vorkonkurslich eingegangenen Überweisungsbeträge auch noch nach Konkurseröffnung abführen³⁶⁾. Daher ist es gerechtfertigt und geboten, die Fallgruppe der nach Konkurseröffnung erteilten Gutschrift mit in die Prüfung der Rechtsfolgen der Gutschrift bei Zahlungseingang vor Konkurseröffnung aufzunehmen. Das heißt nicht, daß die vor oder nach Konkurseröffnung erteilte Gutschrift dieselben Rechtsfolgen auslösten. Wegen der Maßgeblichkeit des Zahlungseingangs spricht dafür allerdings eine gewisse Vermutung.

II. Rechtsfolgen der vor oder nach Konkurseröffnung erteilten Gutschrift im Inkassoverhältnis Gläubigerbank - Überweisungsempfänger

1. Entstehen eines Anspruchs aus Gutschrift gemäß § 780 BGB zugunsten des Überweisungsempfängers

a) Erteilung der Gutschrift vor Konkurseröffnung

Schreibt die Empfängerbank die im Vorstadium der Insolvenz zugunsten ihres Kunden eingegangenen Überweisungsbeträge dem Begünstigten gut, erwirbt dieser einen Anspruch gemäß § 780 BGB auf Auszahlung der gutge-

35) Obermüller, Rn. 233; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 54; W. Obermüller, Festschrift für Bärmann, S. 709 (714).

36) Obermüller, Rn. 234; Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (76); vgl. auch S. 85, 86 zur entsprechenden Rechtslage beim Scheckinkasso; Uhlenbruck, S. 300; Hellner, ZHR 145, 109 (122); BGH WM 1978, 58 (59); K/U, § 8 Rn. 9 d.

schriebenen Überweisungssumme. Die Gutschrift konkretisiert den rahmenartig verfaßten Schuldversprechensvertrag und verschafft dem Kontoinhaber eine einredefreie Forderung gegen sein Kreditinstitut³⁷⁾.

b) Erteilung der Gutschrift nach Konkursöffnung

Etwas anderes gilt möglicherweise, wenn die Bank nach Konkursöffnung gutschreibt, also das Konto des Gemeinschuldners erkennt³⁸⁾. Da die Abrede über das abstrakte Schuldversprechen dem Girovertrag zu entnehmen ist, könnte mit dem konkursbedingten Wegfall des Girovertrages auch der Schuldversprechensvertrag entfallen sein.

aa) Eine derartige Ansicht vertritt insbesondere Canaris. Er folgert aus der Anwendung des § 23 II KO auf den Girovertrag das Erlöschen des rahmenartigen Schuldversprechensvertrages gemäß § 139 BGB. Folglich sei nichts mehr da, das mittels Gutschrift konkretisiert werden könne. Demnach bestehe keine Möglichkeit, die anspruchsbegründende Kraft einer nach Konkursöffnung erteilten Gutschrift zu konstruieren³⁹⁾.

37) Koller, BB 1972, 687 (692).

38) Nach Obermüller, Rn. 235, pflegen die Banken auch nach Konkursöffnung alle Überweisungsbeträge dem Konto des Gemeinschuldners gutzuschreiben.

39) Canaris, Rn. 464 ff., Rn. 651 zur Lage im Lastschriftverkehr. Ebenso Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 72; Baumbach/Duden/Hopt, BankGesch, Anm. III 3 B.

bb) Kritik

Dem kann aus drei Gründen nicht gefolgt werden.

Canaris müßte bei konsequenter Anwendung seiner Lösung für den Fall der Gutgläubigkeit der Bank etwas anderes vertreten. Dann nämlich besteht der Girovertrag nach den §§ 23 I 2 KO, 674 BGB fiktiv fort. Wegen § 139 BGB gilt dasselbe für den rahmenartigen Schuldversprechensvertrag. Folglich kann er im Wege der Gutschriftbuchung konkretisiert werden. Diese Konsequenz zieht Canaris nicht. Das ist im Ergebnis zwar richtig, denn von dem Kenntnisstand der Bank kann der Schutz des Gemeinschuldners nicht abhängen⁴⁰⁾. Die Gleichbehandlung von gut- und bösgläubig erteilter Gutschrift läßt sich jedoch nicht mit Hilfe der von Canaris vorgeschlagenen Lösung erreichen.

§ 139 BGB ist eine gesetzliche Auslegungsregel⁴¹⁾. Das Rechtsgeschäft bleibt ausnahmsweise wirksam, wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Das ist hier anzunehmen. Wie Canaris zu Recht ausführt, ist den Interessen der Beteiligten, insbesondere denen des Überweisungsbegünstigten mit der Nichtigkeit aller Gutschriften nicht gedient⁴²⁾. Daran ändert sich nichts, auch wenn man für den Fall des Konkurses auf die Interessen des Konkurs-

40) BGH KTS 1980, 34 (37).

41) BGH DB 1955, 750.

42) Canaris, Rn. 462.

verwalters abstellt. Da das Konto in die Masse fällt, würde auch der Anspruch aus abstraktem Schuldversprechen in die Masse fallen⁴³⁾.

Darauf könnte der Konkursverwalter ohne weiteres zugreifen. Wie sich zeigen wird, entspricht dies übrigens auch den Interessen des Überweisenden, der mit Erteilung einer nachkonkurslichen Gutschrift auf dem Empfängerkonto ohne Rücksicht auf seine Gutgläubigkeit nach § 8 I KO schuldbefreiend leisten kann⁴⁴⁾.

Letztlich ist darauf hinzuweisen, daß § 139 BGB nicht paßt. Zwar ist die Abrede über die Begründung des Schuldversprechens in dem Girovertrag enthalten. Die beiden Rechtsgeschäfte stehen aber im Verhältnis Verpflichtungs-/Erfüllungsgeschäft zueinander. Mit der Begründung des Anspruchs aus der Gutschrift erfüllt die Bank ihre girovertragliche Herausgabepflicht gemäß § 667 BGB, sogenannter Anspruch auf Gutschrift⁴⁵⁾. Die Vereinbarung i.S.d. § 780 BGB ist demnach nicht Teil eines einheitlichen Geschäftes, sondern ein dem Girovertrag gegenüber selbständiges Rechtsgeschäft, auf das § 139 BGB grund-

43) K/U, § 8 Rn. 9 d.

44) Vgl. dazu S. 106.

45) Koller, BB 1972, 687 (692) m.w.N.

sätzlich keine Anwendung findet⁴⁶⁾. Man könnte allenfalls erwägen, ob die Abrede über das Schuldversprechen nur in ihrer Entstehung, nicht hingegen in ihrem Fortbestand von der Wirksamkeit des Girovertrages unabhängig ist⁴⁷⁾. Abgesehen davon, daß sich diese Auffassung mit Wortlaut und Zweck des § 780 BGB nicht vereinbaren läßt⁴⁸⁾, widerspricht sie auch dem Parteiwillen. Sinn der Vereinbarung eines abstrakten Schuldversprechens ist es gerade, die Forderung aus dem Girovertrag auf Herausgabe des Erlangten auf eine eigenständige Grundlage zu stellen⁴⁹⁾. Man muß sich fragen, was die Abstraktion, also die Loslösung von dem Girovertrag, soll, wenn sie im Ergebnis leer läuft. Das hätte insbesondere für den Überweisungsverkehr bedenkliche Konsequenzen, weil sich dann kein Gläubiger mehr auf die Überweisung einlassen würde⁵⁰⁾.

46) So zutreffend Canaris, Rn. 462, dessen Ausführungen sich allerdings nur auf Nichtkeitsmängel beziehen, während beim nachträglichen Erlöschen des Girovertrages etwas anderes gelten soll; vgl. Rn. 465 a, 496. Auf der Grundlage des Abstraktionsprinzips ist diese Differenzierung nicht haltbar. Girovertrag und rahmenartiger Anerkenntnisvertrag bilden auch kein Handgeschäft, bei dem das Abstraktionsprinzip nicht gilt. Der Girovertrag wird nicht zugleich mit seinem Abschluß erfüllt. Dazu bedarf es noch der konkretisierenden Buchung der Gutschrift, Canaris, Rn. 417. Es handelt sich daher nicht um das für Handgeschäfte typische Verhältnis von Verpflichtung und zeitgleicher Erfüllung.

47) So i.E. Canaris, Rn. 462, 463 allerdings ohne Begründung.

48) Palandt/Thomas, § 780 Anm. 5 a, c; Jauernig/Vollkommer, §§ 780, 781 Anm. 2 d bb.

49) Zutreffend Canaris, Rn. 418.

50) Canaris, Rn. 410 ff., 415.

Aus alledem folgt: Auch wenn wie hier kausales und abstraktes Geschäft in demselben Vertrag zusammengefaßt sind, handelt es sich dogmatisch um verschiedene Abreden. Folglich führen nur solche Mängel zur Unwirksamkeit der Gutschrift, die sich nicht auf den Girovertrag beschränken, sondern das abstrakte Geschäft selbst, also das Schuldversprechen ergreifen. § 23 KO gibt insoweit nichts her. Wortlaut und Sinn der Vorschrift weisen ausschließlich auf den kausalen Auftrag hin. § 7 I KO als eigenständige Ungültigkeitsnorm paßt ebenfalls nicht. Die Gutschrift der Bank ist keine Rechtshandlung des Gemeinschuldners. Auch § 15 Satz 1 KO kann nicht zur Begründung der Unwirksamkeit des Schuldversprechens herangezogen werden. Es geht nicht um den Rechtserwerb von dem Gemeinschuldner, sondern um den Rechtserwerb des Gemeinschuldners. Daß dieser Erwerb im Interesse der gleichmäßigen Befriedigung der Konkursgläubiger unwirksam ist, läßt sich der Konkursordnung nicht entnehmen und ist wegen § 8 KO auch nicht erforderlich. Somit bleibt es bei dem oben gewonnenen Ergebnis. Der Überweisungsempfänger erwirbt auch dann einen Auszahlungsanspruch gemäß § 780 BGB gegen seine Bank, wenn ihm die vor Konkurseröffnung überwiesenen Beträge erst nach Konkurseröffnung gutgeschrieben

werden⁵¹⁾.

Besteht wie im Regelfall auf dem Konto des Gemeinschuldners ein Debet, so fragt sich, ob die Bank den Überweisungsbetrag zur Reduzierung des Debetsaldos verwenden darf. Die gleiche Problematik tritt auf, wenn der Kunde mehrere Konten unterhält, von denen das eine debitorisch und das andere kreditorisch ist. Für die Beurteilung dieser Fälle gelten ebenso wie bei der Insolvenz des Auftraggebers die Vorschriften über das Aufrechnungsverbot sowie die Bestimmungen der Konkursanfechtung, wobei es keinen Unterschied macht, ob zwei selbständige Konten gegeneinander aufgerechnet werden oder ob es sich um die Verrechnung von Soll- und Habenposten auf demselben Konto handelt.

51) Ebenso BGH KTS 1980, 34 (36, 37). Der BGH spricht in diesem Urteil, das die hier vorliegende Fallkonstellation zum Gegenstand hat, unmißverständlich von dem "Anspruch auf Auszahlung des dem Konto des Gemeinschuldners gutgeschriebenen Betrages". Ebenso BGH WM 1978, 58 (59): "Die Beklagte konnte aber gegen die Forderung der Gemeinschuldnerin aus der Gutschrift aufrechnen." Insoweit gleich OLG Düsseldorf, DB 1977, 1548 (1549); Kübler, BB 1972, 801 (803); K/U, § 8 Rn. 9 d; Uhlenbruck, S. 300.

2. Wirksamkeit der Verrechnung eines
Debetsaldos gegen den Anspruch aus
§ 780 BGB, § 55 KO

- a) Erteilung der Gutschrift vor Konkurs-
eröffnung

Schreibt die Bank den vor Konkurseröffnung erhaltenen Überweisungsbetrag dem debitorischen Konto des Empfängers vor dessen Insolvenz gut und stellt sie den Betrag in das Kontokorrent ein, so lassen sich aus § 55 KO keine Einwände gegen die Zulässigkeit der Verrechnung herleiten. Die einzige Vorschrift, die Aufrechnungen verbietet, bei der beide Forderungen vor Konkurseröffnung entstanden sind, ist § 55 Satz 1 Nr. 3 KO. Diese Norm setzt aber den umgekehrten Fall voraus, daß zunächst der Gemeinschuldner eine Forderung gegen die Bank besitzt und sodann die Bank eine Forderung erwirkt. In dem hier fraglichen Fall jedoch hat die Bank vor der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung gegen den Gemeinschuldner, bevor dieser durch die Gutschriftbuchung eine aufrechenbare Gegenforderung erwirbt. § 55 Satz 1 KO steht somit nicht entgegen⁵²⁾.

52) Im Ergebnis ebenso BGHZ 58, 108 (112); Meyer-Cording, S. 119; Düringer/Hachenburg/Breit, Anh. II zu §§ 363 - 365, Anm. 17; Brodmann, ZHR 48, 121 (170); K/U, § 55 Rn. 7 d; Jaeger/Lent, § 53 Rn. 12; § 55 Rn. 7; Obermüller, Rn. 240; Mohrbutter, § 76 IV 3; Kübler, BB 1976, 801 (803); Kumpel, Bank-Betrieb 1967, 342 (343); Canaris, Rn. 498 m.w.N.; Bundschuh, S. 36 (37); Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (75).

b) Erteilung der Gutschrift nach Konkureröffnung

Etwas anderes könnte gelten, wenn die Empfängerbank die Überweisungen erst nach Konkureröffnung gutschreibt. Da der dem Zahlungsanspruch der Bank gleichartige Auszahlungsanspruch des Gemeinschuldners aus § 780 BGB erst nach Konkureröffnung entsteht, scheint das Aufrechnungsverbot des § 55 Satz 1 Nr. 1 KO einzugreifen, wonach eine Aufrechnung unzulässig ist, wenn jemand vor der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner hatte - das ist die Forderung aus dem Debet-saldo - und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig wird - das ist der Anspruch aus der Gutschrift.

Diese Lösung wäre aber nicht interessengemäß. Zwar entsteht der Anspruch aus Gutschrift erst nach Konkureröffnung. Seinem Kern nach ist er jedoch mit dem Anspruch auf Gutschrift und somit bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits vor Konkureröffnung entstanden⁵³⁾. Ob die Gutschrift vor oder nach Konkureröffnung erteilt wird, hängt oft vom Zufall ab. Entscheidend ist allein, daß der Überweisungsempfänger in beiden Fällen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Anspruch auf Überführung des Zahlungseingangs in sein Vermögen hatte⁵⁴⁾. Deshalb

53) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (76); K/U, § 23 Rn. 13 c, 15; § 55 Rn. 7 d; Obermüller, Rn. 245; BGH WM 1978, 58 (59); BGH KTS 1980, 34 (36); Bundschuh, S. 36, 37.

54) BGH WM 1978, 58 (59).

läßt sich ohne Verstoß gegen § 55 Satz 1 Nr. 1 KO annehmen, die Bank sei die Zahlung aus der Gutschrift bereits vor Konkurseröffnung schuldig geworden⁵⁵⁾.

Festzuhalten bleibt: Eine Bank, bei der vor Konkurs ihres Kunden Zahlungen eingehen, ist berechtigt, diese Beträge mit einem etwaigen Debet zu verrechnen. Wirksamkeitsbedenken bestehen unabhängig vom Zeitpunkt der EmpfängerGutschrift nicht⁵⁶⁾. Insofern bestätigt sich die eingangs geäußerte Vermutung, daß die vor und die nach Konkurseröffnung erteilte Gutschrift dieselben Rechtsfolgen auslösen.

3. Anfechtbarkeit der Verrechnung,
§ 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO

a) Anwendbarkeit des § 30 KO

Aus der Zulässigkeit der Konkursaufrechnung ist freilich noch nicht zu schließen, daß die Bank die vor Insolvenz eingegan-

55) BGH KTS 1980, 34 (36); Uhlenbruck, S. 300; Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (76).

56) Grdl. BGH BB 1972, 632 (633). I.E. ebenso bereits OLG Hamburg LZ 1910, 791; OLG Stuttgart WM 1957, 529 (530); Kübler, BB 1976, 801 (803); Canaris, Rn. 498; Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (75); Gerth, BB 1978, 689; Meyer-Cording, S. 119; K/U, § 55 Rn. 7 d; W. Obermüller, Festschrift für Bärmann, S. 709 (716); Kümpel, Bank-Betrieb 1967, 342 (343); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365 Rn. 121; a.A. nur LG Köln KTS 1958, 94. Diese Entscheidung ist jedoch spätestens durch das Urteil des BGH aus dem Jahre 1972 obsolet geworden.

nen Zahlungen auch behalten darf. Nach der Systematik der Konkursordnung, §§ 29, 42 KO, ist umgekehrt die Wirksamkeit vorkonkurslicher Rechtsakte Voraussetzung für das Eingreifen eines konkursrechtlichen Anfechtungstatbestandes⁵⁷⁾.

aa) Früher h.M.: § 55 KO als lex specialis gegenüber § 30 KO

Gleichwohl war früher anerkannt und wird auch heute noch vertreten, daß § 55 KO alle Aufrechnungsmöglichkeiten abschließend regelt und als lex specialis die Anwendung des § 30 KO verdrängt⁵⁸⁾. Das tragende Argument dieser Auffassung geht dahin, daß es unsinnig wäre, wenn ein so straff gefaßtes Gesetz wie die Konkursordnung den hier fraglichen Aufrechnungsfall durch das Nichtnormieren eines Verbots zuließe, um ihn an anderer Stelle sogleich wieder zu verbieten, indem sie ihn der Anfechtung unterwirft⁵⁹⁾.

bb) Stellungnahme

Diese Ansicht wird durch Auslegung der §§ 30, 55 KO widerlegt:

Schon der Wortlaut spricht gegen sie. Der hier fragliche Fall, daß ein Gläubiger des

57) Kümpel, Bank-Betrieb 1967, 342 (344).

58) W. Obermüller, Festschrift für Bärman, S. 709 (717); Meyer-Cording, S. 119; Kümpel, Bank-Betrieb 1967, 342 (345); OLG Stuttgart WM 1957, 529 (530); LG Köln KTS 1958, 94; OLG Karlsruhe KTS 1972, 111 (113) zur Rechtslage beim Anschlußkonkurs.

59) OLG Hamburg LZ 1910, 791; Klein, ZHR 55, 181 (194, 196).

Gemeinschuldners während der Krise dessen Schuldner wird, läßt sich ohne weiteres unter § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO subsumieren. Die Bank als Konkursgläubigerin erhält im Wege der Aufrechnung gegen die nach Zahlungseinstellung entstandene Forderung des Gemeinschuldners eine Befriedigung für ihre eigene Forderung aus dem debitorischen Girokonto. Die grammatikalisch-philologische Auslegung spricht somit für die Anwendung des § 30 KO.

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte bestätigt dieses Auslegungsergebnis.

Wie sich aus den Materialien ergibt, hat der Gesetzgeber bei der Abfassung der Anfechtungstatbestände⁶⁰⁾ an die hier in Rede stehende Konstellation gedacht. Für ihn stand fest, daß ein Konkursgläubiger, der während der Krise zum Schuldner des Gemeinschuldners wird, der Anfechtung nach § 23 KO unterliegt, falls er sich im Wege der Aufrechnung Befriedigung verschafft⁶¹⁾. Da sich die Vorschrift des § 23 KO aber der Anwendung auf den umgekehrten Fall entziehe, seien, so die amtliche Begründung⁶²⁾, die Aufrechnungsverbote eingefügt worden.

Demnach kann aus der Tatsache, daß "unser Fall" nicht in § 55 KO geregelt ist, keinesfalls die Unanwendbarkeit des § 30 KO gefolgert werden⁶³⁾. Vielmehr belegt die

60) Damals § 23 KO.

61) Hahn, Materialien, S. 225.

62) Hahn, Materialien, S. 225.

63) So aber Kümpel, Bank-Betrieb 1967, 342 (346).

Entstehungsgeschichte das genaue Gegenteil. Beide Vorschriften stehen selbständig nebeneinander. Der Gesetzgeber hat lediglich zwei gesetzestechnisch verschiedene Instrumente benutzt, um Aufrechnungen während der Krise und die mit ihnen einhergehende Masseverkürzung zu unterbinden. In § 55 KO spricht er die Unwirksamkeit der Aufrechnung aus, in § 30 KO begnügt er sich mit deren Anfechtbarkeit. Das hat seinen Grund. Die von § 55 S. 1 Nr. 3 KO erfaßte Konstellation erschien ihm im Hinblick auf die "Ausplünderung der Konkursmasse"⁶⁴⁾ so gefährlich, daß er glaubte, dagegen von Gesetzes wegen vorgehen zu müssen⁶⁵⁾. In § 30 KO bleibt es dem Konkursverwalter überlassen, aufrechnungsbedingte Masseschmälerungen auszugleichen. Einen Aufrechnungsfall einerseits nicht zu verbieten, ihn andererseits der Anfechtung zu unterwerfen, ist demnach nicht unsinnig, sondern vom Gesetzgeber gewollt. Die Kritik dagegen ist eine rechtspolitische und nur de lege ferenda zu berücksichtigen. De lege lata besteht kein Zweifel an dem selbständigen Nebeneinander der §§ 55 und 30 KO.

Dieses Resultat wird durch die teleologische Auslegung untermauert. Der Zweck beider Vorschriften ist derselbe⁶⁶⁾. Sowohl in § 55 S. 1 Nr. 3 KO als auch in § 30 Nr. 2 KO geht es um die Erhaltung der Masse-

64) Hahn, Materialien, S. 225.

65) Vgl. dazu BGH WM 1978, 58 (59); Jaeger/Lent, § 55 Rn. 13; v. Wilimowski, § 55 Anm. 7; K/U, § 55 Rn. 2.

66) Hess/Kropshofer, § 55 Rn. 14; Jaeger/Lent, § 55 Rn. 13; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 55 Anm. 5; K/U, § 55 Rn. 15.

substanz. Diese soll vom Offenbarwerden der Krise an im Interesse der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger der Sonderbefriedigung einzelner Gläubiger entzogen sein⁶⁷⁾. Vorkonkursliche Schmälereien der Masse - und um eine solche geht es hier, denn die verrechnende Bank schließt alle übrigen Gläubiger von der Befriedigung aus dem zur Konkursmasse gehörenden Gutschriftanspruch aus - sind daher entweder unwirksam oder anfechtbar. Enthielte die Konkursordnung keine Vorschrift wie § 30 KO, müßte man Fälle der vorliegenden Art in Analogie zu § 55 KO beurteilen, denn es sind genau solche, durch die eine Schmälerei der Masse eintritt. Da § 30 KO jedoch existiert und auf diese Fälle nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck paßt, ist kein Grund ersichtlich, ihn nicht anzuwenden.

Letztlich können auch die prognostizierten wirtschaftlichen Folgen nichts an der grundsätzlichen Zulassung der Konkursanfechtung ändern. Zwar ist nicht auszuschließen, daß die Banken bei der Bevorschussung von Außenständen zurückhaltender werden, wenn sie nicht mehr sicher sein können, etwaige Debetsalden ihrer Kunden mit eingehenden Zahlungen reduzieren zu dürfen⁶⁸⁾. Dies gilt jedoch nicht nur

67) BGHZ 58, 240 (242); Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (79); Schönke/Baur, § 64 II c 3 b; K/U, § 30 Rn. 1.

68) Dieses Argument führen W. Obermüller, Festschrift für Bärman, S. 709 (721) und OLG Stuttgart WM 1957, 529 (530) gegen die Anfechtung an.

für Geldkreditgeber, sondern in gleicher Weise für Warenlieferanten und überhaupt für alle persönlichen Gläubiger. Eine Bevorzugung der Banken aufgrund einer nicht näher erläuterten Sonderstellung ist nicht zu rechtfertigen. Allein die Tatsache, daß die Banken zufällig an der Quelle der ein- und ausgehenden Zahlungen sitzen und insofern die Möglichkeit des ersten Zugriffs haben, kann ihre Privilegierung nicht begründen. Überdies sind die Banken ohne die Verrechnungsbefugnis nicht schutzlos gestellt. Man denke etwa an Ziff. 19 I AGB/B oder andere Formen der Besicherung. Das Schreckgespenst von der Gefährdung der Arbeitsplätze bei Anwendung von § 30 KO⁶⁹⁾ wird in diesem Zusammenhang daher völlig zu Unrecht bemüht.

Im Ergebnis wird man somit § 30 KO nicht als unanwendbare lex generalis gegenüber § 55 KO ansehen dürfen, sondern richtigerweise von einem Verhältnis des "selbständigen Nebeneinander" beider Normen auszu-

69) In diesem Sinne etwa W. Obermüller, Festschrift für Bärmann, S. 709 (721).

gehen haben⁷⁰⁾.

§ 30 KO ist folglich auf die hier zu erörternden Fälle anwendbar, so daß sich im folgenden die Frage stellt, welche Ziffer von § 30 KO zur Anwendung kommt.

b) Tatbestandliche Prüfung des § 30 KO

Von vornherein ausscheiden muß § 30 Nr. 1 1. Halbs. KO. Es ist kein zweiseitiges Rechtsgeschäft während der Krise ersichtlich, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger unmittelbar benachteiligt werden. Der abstrakte Schuldversprechensvertrag nach § 780 BGB, sollte er ausnahmsweise einmal nach Zahlungseinstellung abgeschlossen sein, benachteiligt die Gläubiger nicht unmittelbar. Es fehlen noch die Gutschrift und die Verrechnung. In Betracht kommen demnach nur § 30 Nr. 1 2. Halbs. KO und § 30 Nr. 2 KO. Die folgende Prüfung beschränkt sich auf den Zahlungs-

70) Grdl.: BGH BB 1972, 632. Bestätigt in BGHZ 86, 349. Ebenso KG KTS 1983, 447 ff.; zustimmend Uhlenbruck, JZ 1983, 875 (880); OLG Hamm ZIP 1982, 1343 (1344); mittlerweile auch h.M. in der Literatur: Canaris, Rn. 499; ders., Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (77 f.); Kübler, BB 1976, 801 (804); Gerth, BB 1978, 689; v. Usslar, BB 1980, 916; K/U, § 29 Rn. 44 b, § 30 Rn. 42, 46 a; § 55 Rn. 22; Joussen, ZIP 1982, 279 (282); Mohrbutter, § 78 III B 2; Schönke/Baur, § 64 I 2; § 64 II 3 a; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 30 Anm. 13; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 121; Uhlenbruck, S. 298; Moormann, Anm. zu BGH LM Nr. 26 zu § 30 KO; Obermüller, Rn. 241, meldet zwar Bedenken gegen die obige Rechtsprechung an, stimmt ihr im Ergebnis aber zu, Rn. 246.

eingang nach Ausbruch der Krise. Die Rechtslage bei Überweisungseingang innerhalb der letzten 10 Tage vor dieser Phase ergibt sich für § 30 Nr. 2 KO ohne weiteres daraus.

aa) Rechtshandlung

Erste Voraussetzung beider Ziffern des § 30 KO ist das Vorliegen einer Rechtshandlung vor Konkurseröffnung, die der Bank Befriedigung gewährt. Daß die Bank überhaupt Befriedigung erhält, dürfte nach dem Vorstehenden wohl geklärt sein.

Unter Rechtshandlung versteht man jedes Handeln, das Rechtsfolgen auslöst⁷¹⁾. Da die Befriedigung, also die Rechtsfolge des § 362 I BGB, durch die Verrechnung eintritt, könnte man darin die anfechtbare Rechtshandlung erblicken⁷²⁾.

Abgesehen davon, daß sich die kontokorrentmäßige Verrechnung auch im Falle des Konkurses automatisch mit Ablauf der Rechnungsperiode vollzieht⁷³⁾, eine Rechtshandlung zu diesem Zeitpunkt also gar nicht existiert⁷⁴⁾, kann die Verrechnung auch aus einem anderen Grunde nicht der maßgebliche Rechtsakt sein. Würde sich die Bank nämlich bei sonst gleichen Umständen erst nach Konkurseröffnung zur Gutschrift und Aufrechnung entschließen, etwa

71) K/U, § 29 Rn. 6; BGH WM 1975, 1182 (1184).

72) So Gerth, BB 1978, 689.

73) vgl. S. 25 ff.

74) V. Usslar, BB 1980, 916 (917).

weil die Überweisungsbeträge erst unmittelbar vor Konkursbeginn eingegangen sind⁷⁵⁾, wäre die zweifellos zulässige Aufrechnung⁷⁶⁾ nicht anfechtbar, da es dann an einer Rechtshandlung vor Konkurseröffnung i.S.d. §§ 29, 30 KO fehlte. Dies kann nicht richtig sein, denn die Aufrechnungslage ist anfechtbar entstanden, und es wäre eine allzu offensichtliche Umgehung des durch § 30 KO bezweckten Gläubigerschutzes, wenn das Kreditinstitut die Anfechtung dadurch unterlaufen könnte, daß es mit der Aufrechnungs-erklärung bis zum Eröffnungsbeschluß wartet⁷⁷⁾.

Die anfechtbare Rechtshandlung besteht vielmehr in derjenigen Handlung, durch die die Empfängerbank Deckung für die beim Überweisungsempfänger vorzunehmende Gutschriftbuchung erhält⁷⁸⁾. Das kann je nach Ausgestaltung des Überweisungsverkehrs durchaus eine unterschiedliche sein. Bei der Hausüberweisung ist es die Belastung des Auftraggeberkontos, bei der

75) Dieser Fall ist ja durchaus denkbar, vgl. S. 80, 81.

76) Entscheidend ist in diesem Zusammenhang § 55 S. 1 Ziff. 1 KO; vgl. dazu Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (76); BGH WM 1978, 58 (59); Bundschuh, S. 36.

77) Gerth, BB 1978, 689 (690).

78) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (80); Obermüller, Rn. 245; K/U, § 30 Rn. 42. Zwar beziehen sich diese Zitate unmittelbar nur auf den Zeitpunkt der Kenntnis. Da der Anfechtungsgegner jedoch im Zeitpunkt der Rechtshandlung die Zahlungseinstellung bzw. die Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners kennen muß, beziehen sich obige Zitate mittelbar auch auf die maßgebliche Rechtshandlung.

außerbetrieblichen Überweisung die Gutschrift auf dem Konto der Empfängerbank. Gemeinsam ist beiden Fällen, daß bereits die Deckung zugunsten der Empfängerbank die Grundlage für das Entstehen der Gegenforderung und damit der eigentliche Auslöser für die Befriedigung der Bank ist. Daß die zur Deckung führende Handlung nicht notwendig auf einer Handlung der Bank oder des Überweisungsbegünstigten beruht, schadet nicht. § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO verlangt keine Rechtshandlung gerade des Anfechtungsgegners oder des Gemeinschuldners⁷⁹⁾. In ganz ähnlicher Weise argumentiert auch der BGH, wenn er die zur Befriedigung führende Aufrechnungslage im Kern bereits dann als entstanden ansieht, sobald der Zahlungsempfänger einen Anspruch auf Gutschrift erwirbt⁸⁰⁾. Nur wer dieser Ansicht folgt, kann auch der dargelegten Umgehungsmöglichkeit den Boden entziehen und die Bank entsprechend der Systematik der Konkursordnung immer dann der Anfechtung aussetzen, wenn sie vor Konkurseröffnung Überweisungseingänge erhält, die sie zur Verrechnung benutzt, mag diese Verrechnung auch erst zu einem späteren Zeitpunkt und automatisch erfolgen. Deshalb müssen konstruktive Bedenken, daß beispielsweise noch nicht von einer Befriedigung i.S.d. § 30 KO gesprochen wer-

79) V. Usslar, BB 1980, 916 (917); K/U, § 30 Rn. 32 a; Baur/Stürner, Rn. 1129; Gerth, BB 1978, 689; BGH BB 1972, 632 m.w.N.

80) BGH KTS 1980, 34 (36); BGH WM 1978, 58 (59).

den könne, wenn diese Befriedigung noch durch einen Widerruf zu beseitigen sei⁸¹⁾, im Ergebnis zurückstehen. Das erste Tatbestandsmerkmal der §§ 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 ist damit erfüllt.

bb) Kongruenz oder Inkongruenz der
Befriedigung

Zu prüfen ist des weiteren, ob Nr. 1 oder Nr. 2 von § 30 KO zur Anwendung kommt, ob also die Reduzierung des debitorischen Saldos durch Verrechnung mit Überweisungseingängen eine inkongruente Befriedigung darstellt oder nicht.

Da der Kredit in den hier fraglichen Fällen innerhalb einer Kontokorrent- und Girobeziehung gewährt wird, hat die Bank einen Anspruch auf Erfüllung ihres Rückzahlungsanspruchs gerade via Verrechnung mit Überweisungsbeträgen, die bei ihr zugunsten des Kreditnehmers eingehen. Die Deckung für ihre Forderung steht der Bank somit in dieser Art und Höhe zu⁸²⁾.

Eine inkongruente Deckung ließe sich folglich nur begründen, wenn die Bank die erhaltene Befriedigung nicht zu dieser Zeit beanspruchen konnte.

Aus der Tatsache, daß der BGH seine bereits erwähnte Entscheidung ausschließlich

81) V. Usslar, BB 1980, 916 (917). An anderer Stelle auf S. 917 führt v. Usslar dagegen aus, daß die Bank Sicherung für ihren Kredit erhält, wenn bei ihr Geld für den Kunden eingeht, das mit ihrem Kredit verrechnet werden kann.

82) Obermüller, Rn. 242 a.

auf § 30 Nr. 1 2. Halbs. KO stützte, also von einer kongruenten Deckung ausgegangen ist, wurde zum Teil der allgemeine Schluß gezogen, daß Verrechnungen gegen Überweisungsbeträge, die vor Zahlungseinstellung, aber innerhalb der Zehntagefrist des § 30 Nr. 2 KO eingehen, mangels Inkongruenz der erlangten Deckung grundsätzlich unanfechtbar, also konkursfest seien⁸³⁾. Diese Schlußfolgerung hat sich als voreilig erwiesen. Mittlerweile ist anerkannt, daß es allein auf die Art der Bankforderung ankommt, die durch Verrechnung getilgt werden soll⁸⁴⁾. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als die betreffende Bankforderung jeweils auf ihre Fälligkeit hin zu untersuchen. Handelt es sich beispielsweise um einen Überziehungskredit i.S.d. Ziff. 14 III AGB/B, also um einen Kredit, der vor der Inanspruchnahme nicht vereinbart war, so kann die Bank jederzeit Rückzahlung verlangen. Eine inkongruente Deckung liegt in diesem Fall nicht vor⁸⁵⁾.

Das Gegenbeispiel bildet der Ratenkredit, zu dem man den Teilzahlungs-, den persönlichen Kleinkredit und das Anschaffungsdarlehen rechnet⁸⁶⁾. Charakteristikum

83) Kübler, BB 1976, 801 (804); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 121; Gerth, BB 1978, 689.

84) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (81); Obermüller, Rn. 242 a; v. Usslar, BB 1980, 916 (918 f.); K/U, § 30 Rn. 42, 46 a.

85) Obermüller, Rn. 242 a; Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (81); v. Usslar, BB 1980, 916 (918); Lwowski, S. 32.

86) Hagenmüller/Diepen, S. 447.

dieser Form der Kreditgewährung ist der Umstand, daß der Kreditnehmer das Darlehen nur zeitabschnittsweise zurückzahlen muß oder, anders formuliert, daß er es für eine bestimmte Zeit behalten darf. Durch vorzeitigen Abruf dieses Kredits erhält die Bank demnach eine Deckung, die sie mangels Fälligkeit nicht zu dieser Zeit beanspruchen konnte⁸⁷⁾. Etwas anderes gilt dann, wenn die Bank von dem ihr gemäß Ziff. 17 S. 2 AGB/B zustehenden Kündigungsrecht wegen Zahlungseinstellung Gebrauch macht und auf diese Weise die Fälligkeit ihrer Rückzahlungsforderung herstellt⁸⁸⁾. Diese Beispiele mögen genügen, um die Maßgeblichkeit einer Einzelfalluntersuchung zu dokumentieren, wenn es um die Frage nach der Anfechtung einer Verrechnung gegen die vorkonkurslichen Zahlungseingänge geht.

cc) Begünstigungsabsicht und Zeitpunkt der Bösgläubigkeit

Hat die Bank eine nach den obigen Grundsätzen inkongruente Deckung i.S.d. § 30 Nr. 2 KO erhalten, so ist die Rückführung des Debetsaldos schon dann anfechtbar, wenn die Bank nicht beweisen kann, daß ihr zur Zeit der Rechtshandlung weder die Krise (§ 30 Nr. 1 2. Halbs. KO) noch eine Absicht des Gemeinschuldners, sie vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen (§ 30 Nr. 2 KO) bekannt war.

87) K/U, § 30 Rn. 46 a; Lwowski, S. 32; Obermüller, Rn. 242 a; Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (81).

88) Jaeger/Lent, § 30 Rn. 52; Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (81); Obermüller, Rn. 242 a.

(1) Begünstigungsabsicht

Was die Begünstigungsabsicht angeht, so kann diese nicht allein dem Umstande entnommen werden, daß vermehrt Überweisungen auf das Bankkonto fließen. Für Veränderungen in der Häufigkeit von Zahlungseingängen kann es eine Vielzahl verständlicher Erklärungen geben⁸⁹⁾. Selbst wenn aber der Gemeinschuldner auf irgendeine Weise zum Ausdruck gebracht hat, daß er seine Bank aus den zu erwartenden Zahlungen bevorzugt befriedigen will, genügt das nicht für eine Anwendung des § 30 Nr. 2 KO. Vielmehr muß dieser Wille auch gerade der Empfängerbank bekannt sein. Zwar liegt es an ihr, den Beweis ihrer Unkenntnis zu führen, doch wird ihr dieser Beweis meist "unschwer gelingen"⁹⁰⁾, weil der Gemeinschuldner die Überweisung in aller Regel nicht gerade während der Zehntagefrist veranlaßt hat.

(2) Zeitpunkt der Gut- bzw. Bösgläubigkeit

Die letzte Frage, die in diesem Zusammenhang beantwortet werden muß, ist diejenige nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für den guten bzw. bösen Glauben auf seiten der Empfängerbank. Gemäß § 30 Nr. 1 2. Halbs. und Nr. 2 KO muß dem Anfechtungsgegner zur Zeit der anfechtbaren Rechtshandlung die Krise bzw. die Begünstigungsabsicht be-

89) So zutreffend Obermüller, Rn. 244.
Vgl. auch Rn. 508 zur Rechtslage im Lastschriftverkehr.

90) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (82).

kannt sein, wobei ihm der Beweis seiner Unkenntnis obliegt.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, wonach die anfechtbare Rechtshandlung in der Deckungszusage gegenüber der Empfängerbank besteht, so ist in dieser Deckungszusage der maßgebliche Zeitpunkt für die Gut- bzw. Bösgläubigkeit zu sehen. Demnach wäre die Bank immer dann geschützt, wenn sie bei Zahlungseingang gutgläubig war und dies auch beweisen kann. In der Tat ist allein diese Lösung interessengerecht. Denn die Bank hatte aufgrund der im Kern schon mit Deckungseingang entstandenen Aufrechnungslage eine Sicherheit inne, die wegen des pfandrechtsähnlichen Charakters der Aufrechnungsmöglichkeit einem Absonderungsrecht ähnelt⁹¹⁾. Absonderungsberechtigte sind aber nicht der Anfechtung ausgesetzt⁹²⁾. Die Bank wird daher zu Recht bereits dann geschützt, falls ihr zur Zeit des Zahlungseingangs die Krise ihres Kunden bzw. seine Begünstigungsabsicht nicht bekannt war⁹³⁾.

91) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (80); K/U, § 53 Rn. 15; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 53 Anm. 1; Jaeger/Lent, § 53 Rn. 29; RGZ 80, 407 (409); 124, 8 (10).

92) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (80); K/U, § 30 Rn. 36.

93) So auch Obermüller, Rn. 245; Kübler, BB 1976, 801 (804); BGH WM 1978, 58, (59).

III. Rechtsfolgen der vor oder nach Konkursöffnung erteilten Gutschrift im Valutaverhältnis Überweisungsauftraggeber - Überweisungsempfänger

Welche Rechtsfolgen die Gutschrifterteilung im Valutaverhältnis hat, wurde bereits mehrfach erwähnt. Daran ist anzuknüpfen. Mit Gutschrift erwirbt der Überweisungsempfänger einen eigenständigen, von Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis freien Anspruch gegen seine Bank aus abstraktem Schuldversprechen, § 780 BGB⁹⁴⁾. Zu diesem Zeitpunkt erlischt daher das Valutaverhältnis⁹⁵⁾. Die spätere Konkursöffnung braucht den Überweisenden nicht zu interessieren. Wie die Prüfung im 2. Kapitel gezeigt hat, ist die schuldnerische Leistung auf eine bestehende Verbindlichkeit konkursfest.

Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Gutschrift nach Konkursöffnung erteilt wird. Zwar entsteht hier der Gutschriftanspruch zugunsten des Gemeinschuldners, so daß man annehmen könnte, es handele sich um eine Leistung an den Gemeinschuldner, die wegen des konkursbedingten Verlustes seiner Empfangszuständigkeit⁹⁶⁾ nach § 6 I KO nicht zum Forderungsunter-

94) Kindermann, WM 1982, 318 (319); Putzo, S. 55.

95) Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (152); Canaris, Rn. 476; Möschel, JuS 1972, 297 (298); Putzo, S. 69 f.; Meyer-Cording, S. 125, 130.

96) Vgl. insoweit Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 1; Larenz, Schuldrecht I, § 18 I 4; Staudinger/Kaduk, Rn. 28, 29 vor § 362; Erman/Westermann, § 362 Rn. 5; Böhle-Stamschröder/Kilger, § 8 Anm. 3.

gang im Valutaverhältnis führen kann. Da jedoch das Konto in die Masse fällt, gelangt notwendigerweise auch der Anspruch aus der Gutschrift in die Masse, so daß die Voraussetzungen von § 8 I KO vorliegen⁹⁷⁾. Der Überweisungsauftraggeber wird somit auch bei einer Gutschrift nach Konkurseröffnung von seiner Verbindlichkeit frei. Auch in bezug auf das Valutaverhältnis also zeigt sich die Richtigkeit der eingangs geäußerten Vermutung, daß die vor und die nach Konkurseröffnung erteilte Gutschrift dieselben Rechtsfolgen auslösen.

IV. Ergebnis zu A: Zahlungseingang vor Konkurseröffnung

Entgegen früher herrschender Ansicht ist die Bank des Überweisungsempfängers nicht geschützt. Zwar kann sie den vor Konkurseröffnung zugunsten ihres Kunden erhaltenen Überweisungsbetrag in das Kontokorrent einstellen und auf diese Weise dessen Kontokorrentmäßige Verrechnung mit ihrem Anspruch aus Debet bewirken. Wegen dieser Befriedigung muß sie jedoch bei einem späteren Konkurs ihres Kunden mit einer Anfechtung durch den Konkursverwalter rechnen, sofern sie nicht beweisen kann, daß ihr bei Zahlungseingang die finanzielle Notlage des Begünstigten bzw. eine Begünstigungsabsicht unbekannt war.

97) Canaris, Rn. 510 i.V.m. Rn. 509; Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 5, wo allerdings, wie Canaris, Rn. 509 Fn. 246 zu Recht bemerkt, nicht klar wird, welcher Absatz von § 8 KO einschlägig ist.

Der Überweisungsauftraggeber dagegen hat keinen Grund zur Besorgnis. Will er, wie in aller Regel, mit der Überweisung eine fällige Schuld begleichen, wird er davon in dem Augenblick frei, in dem auf dem Konto seines Gläubigers eine Gutschrift verbucht wird. Dessen Insolvenz hat darauf, gleich ob sie vor oder nach Gutschrift eintritt, keinen Einfluß.

B Zahlungseingang nach Konkurs-
öffnung

I. Verpflichtung zur Gutschrift

1. Grundsatz: Keine Verpflichtung,
§ 23 II KO

Gehen Überweisungen bei der Empfängerbank erst nach Konkursöffnung ein, so ist diese infolge des Erlöschens des Girovertrages gemäß § 23 II KO grundsätzlich nicht mehr verpflichtet, ihrem Kunden das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte gemäß § 667 BGB herauszugeben, d.h. den entsprechenden Überweisungsbetrag noch gutzuschreiben¹⁾.

2. Ausnahme: § 23 I 2 KO i.V.m.
§ 672 S. 2 BGB

Eine Ausnahme gilt gemäß §§ 23 I 2 KO, 672 S. 2 BGB für den Fall, daß mit dem Aufschub der Gutschrift Gefahr verbunden ist²⁾. Eine solche Gefahr muß jeweils im Einzelfall festgestellt werden³⁾ und läßt sich nicht generell für alle Eingänge etwa mit der Überlegung bejahen, der Konkursverwalter sei gerade zu Beginn des Verfahrens besonders dringend auf sie an-

1) Canaris, Rn. 496; Kübler, BB 1976, 801 (802); Meyer-Cording, S. 117; Hellner, ZHR 145, 109 (123); Schlegelberger/Helffermehl, Anh. zu § 365, Rn. 121.

2) Obermüller, Rn. 235; Benstz, BB 1949, 500 (501).

3) Beispielsweise bei drohendem Zusammenbruch auch des Überweisenden.

gewiesen⁴⁾. Dies würde darauf hinauslaufen, das Kreditinstitut des Empfängers für verpflichtet zu halten, die Maßnahmen des Konkursverwalters im Interesse der Masse zu unterstützen. Das ist mit der Stellung der Bank als lediglich zahlungsvermittelndes Kreditinstitut nicht vereinbar⁵⁾. Wenn daher das von § 672 S. 2 BGB geforderte Vorliegen einer "mit dem Aufschub verbundenen Gefahr" nicht bejaht werden kann, bleibt es bei dem obigen Grundsatz. Die Empfängerbank braucht den bei ihr eingegangenen Überweisungsbetrag nicht weiterzuleiten, sondern kann ihn an den Absender zurückschicken und den Konkursverwalter darauf verweisen, das Geld selbst einzuziehen⁶⁾.

3. Nachwirkende Pflicht zur Gutschrift
gemäß §§ 667, 242 BGB

Allerdings befriedigt auch diese Lösung nicht. Wirtschaftlich gesprochen hat die Bank Geld in den Händen, das für ihren Kunden bestimmt ist⁷⁾, und es wäre eine am Buchstaben des § 23 II KO haftende Auslegung, wenn die Bank unter Hinweis auf den Fortfall des Girovertrages eine Geld-

4) So aber Düringer/Hachenburg/Breit, Anh. II zu §§ 363 - 365, Anm. 17; wie hier Obermüller, Diss. S. 78, 79; Meyer-Cording, S. 118; Canaris, Rn. 496.

5) Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 121; Obermüller, Rn. 235; ders., Diss. S. 78.

6) Ansprüche aus den §§ 681 S. 2, 667 oder §§ 684 S. 1, 812 BGB bestehen nicht. Wie sich sogleich zeigen wird, trifft die Bank eine nachvertragliche Handlungspflicht, die eine Geschäftsführung ohne Auftrag ausschließt.

7) Meyer-Cording, S. 23; RGZ 105, 398 (401).

summe, die bei ihr bestimmungsgemäß als dem vorletzten Glied in der Überweisungskette eingetroffen ist, an den Auftraggeber zurückschicken könnte, obwohl das Geld gerade nach dessen Willen an den Kunden dieser Bank gelangen soll. Zwar hat der Auftraggeber den Konkurs des Empfängers möglicherweise übersehen. Solange jedoch kein Ausnahmefall vorliegt, der die Bank zur Warnung verpflichtet, wird er keine Einwände gegen die Gutschrift haben. Die Bank handelt demnach regelmäßig sowohl im Interesse der Konkursmasse als auch im Interesse des Überweisenden, wenn sie die Überweisungssumme trotz Konkurseröffnung weiterleitet⁸⁾. Wenn dem aber so ist, erscheint es als sachwidrig, wenn sich die Bank gleichwohl weigert, den Zahlungseingang abzuführen. Da es lediglich um die Abwicklung solcher Vorgänge geht, die in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Erlöschen der Kontoverbindung stehen, darf man von der Bank nach dem Gebot von Treu und Glauben eine Mitwirkung verlangen. Das gilt umso mehr, als die Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde gemäß Ziff. I AGB/B ein Vertrauensverhältnis ist und regelmäßig über längere Zeit hinweg bestanden hat (Hausbank), was üblicherweise pflichterhöhend wirkt⁹⁾.

Hinzu kommt, daß die dargelegten Gründe auch für die Behandlung derjenigen Zahlungen gelten, die nicht nach konkursbeding-

8) Obermüller, Rn. 235.

9) Larenz, Schuldrecht I, § 10 II g;
Palandt/Heinrichs, § 242 Anm. 4 B i.V.
m. § 276 Anm. 7 d.

ter Beendigung des Girovertrages eingehen, sondern beispielsweise nach einer Kündigung. In diesem Fall ist anerkannt, daß die Empfängerbank die bei ihr eingegangenen Überweisungsbeträge nicht kurzer Hand zurücksenden darf. Vielmehr ist sie aufgrund einer nachwirkenden Vertragspflicht gemäß den §§ 667, 242 BGB gehalten, ihren ehemaligen Kunden zu benachrichtigen und die Zahlungseingänge zumindest für eine gewisse Übergangszeit bis zu seiner Entscheidung auf einem Konto pro diverse¹⁰⁾

10) Unter einem Konto pro diverse versteht man ein Konto, über das die Umsätze verschiedener Personen (Kunden oder Nichtkunden) und verschiedener Art gebucht werden, die sich in der Regel in absehbarer Zeit erledigen, vgl. Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu §365, Rn. 72.

bereitzustellen¹¹⁾. Wegen der vergleichbaren Interessenlage des Zahlungsempfängers nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens muß dasselbe auch im Konkurs gelten. Zwar liegt der Fall hier insofern anders, als nach Konkurseröffnung nicht die Interessen des Zahlungsempfängers persönlich, sondern die des Konkursverwalters zählen. Deshalb wäre es falsch, wenn die Bank die Überweisungseingänge an den Gemeinschuldner abführte. Das Geld ist stattdessen an den Konkursverwalter herauszugeben. Konstruktiv entsteht dessen Auszahlungsanspruch durch Vereinbarung einer neuen Abrede nach § 780 BGB. Die Bitte um Auszahlung ist die Annahme des Konkursverwalters auf das in der Benachrichtigung zum Aus-

11) Canaris, Rn. 465 a, 491, 496; Reinhardt, JuS 1981, 527 (529); Meyer-Cording, S. 109; LG Hamburg, Urteil vom 11.7.1980 - 18 O 25/79 - zitiert bei Reinhardt, a.a.O. und Obermüller, Rn. 235 Fn. 103. Vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 8.12.1980 - 2 U 205/80 - wiedergegeben bei Aepfelbach BI 1981, Heft 6, S. 42. Zwar hat das OLG Hamm die nachvertragliche Handlungspflicht der Bank nicht aus § 242 BGB, sondern aus einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung mit dem Kunden hergeleitet. Aber dort ging es auch nicht um eine reine Benachrichtigungs- und Bereitstellungs-, sondern um eine Pflicht zur Weiterleitung an die neue Bankverbindung des ehemaligen Kontoinhabers. Für diese gesteigerten Aktivitäten der Bank, die sich nicht in der Fortführung der ursprünglichen Dienstleistung erschöpfen, vielmehr eine zusätzliche Geschäftsbesorgung darstellen, wird man in der Tat eine ausdrückliche Zusage von ihrer Seite aus fordern müssen. Dagegen hat sich das Gericht nicht mit der im Rahmen dieser Arbeit interessierenden Frage nach der Geltung des § 242 BGB beschäftigt. Folglich steht die zitierte Entscheidung der hier vertretenen Auffassung auch nicht entgegen.

druck kommende Angebot der Bank zum Abschluß eines abstrakten Schuldversprechensvertrages¹²⁾. Zum Teil wird auch eine erneute Vereinbarung nach § 780 BGB wegen der Nachwirkung des Girovertrages für überflüssig gehalten¹³⁾. Das macht im Ergebnis keinen Unterschied. Entscheidend ist allein, daß die der Bank obliegende nachvertragliche Pflicht zur Gutschrift ausschließlich dem Konkursverwalter gegenüber erfüllt werden kann¹⁴⁾.

Das hat überdies Vorteile im Valutaverhältnis. Da Verfügungsbefugnis und Empfangszuständigkeit nach § 6 II KO mit Konkurseröffnung auf den Konkursverwalter übergegangen sind¹⁵⁾, ist dieser die zum Leistungsempfang zuständige Stelle. Die Leistung des Überweisenden an ihn ist daher Leistung an den berechtigten Dritten i.S.d. §§ 362 II, 185 I BGB, 6 II KO und bringt die Valutaschuld zum Erlöschen.

Festzuhalten bleibt: Zahlungseingänge nach Konkurseröffnung darf die Gläubigerbank trotz erloschenen Girovertrages nicht zurücküberweisen. Vielmehr muß sie diese zumindest für eine gewisse Übergangszeit auf einem Konto pro diverse bereithalten, damit der Konkursverwalter auf sie zugreifen

12) Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu §365, Rn. 72; Canaris, Rn. 464; Schönlke, § 31 III 3 c; Meyer-Cording, S. 24; BGHZ 27, 241 (247).

13) So Reinhardt, JuS 1981, 527 (530 Fn. 36).

14) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (75).

15) Canaris, Rn. 178, 325; BGH WM 1957, 30 (32); BGH WM 1962, 349 (350).

kann¹⁶⁾.

II. Rechtsfolgen der nach Konkurs-
öffnung gutgläubig oder versehent-
lich dem Gemeinschuldner erteilten
Gutschrift im Inkassoverhältnis
Gläubigerbank - Überweisungsempfänger

Abschließend stellt sich ebenso wie bei der Insolvenz des Schuldners die Frage, was passiert, wenn die Bank den Konkurs ihres Kunden nicht kennt oder übersieht und das Konto des Gemeinschuldners gutgläubig oder versehentlich mit den Überweisungseingängen erkennt. Ähnlich der Prüfung unter A. II. gilt es zwei Fragen zu klären: Erstens, ob ein Anspruch aus Gutschrift gemäß § 780 BGB zugunsten des Gemeinschuldners entsteht, und, falls dem so ist, zweitens, ob die Bank dagegen mit ihrer regelmäßig bestehenden Forderung aus dem Debet aufrechnen kann.

1. Erteilung der Gutschrift in Un-
kenntnis der Konkursöffnung

- a) Entstehen eines Anspruchs aus Gutschrift gemäß § 780 BGB zugunsten des Gemeinschuldners

Schreibt die gutgläubige Empfängerbank die nachkonkurslichen Zahlungseingänge dem Konto des Gemeinschuldners gut, so erwirbt dieser einen Anspruch aus § 780 BGB. Wie

16) Ebenso Canaris, Rn. 465 a, 491, 496; Kübler, BB 1976, 801 (802); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 121; wohl auch Obermüller, Rn. 230, 251, einschränkend allerdings Rn. 235.

bereits ausgeführt, hat die Konkurseröffnung keinen Einfluß auf den Bestand des rahmenartigen Schuldversprechungsvertrages. Dieser kann daher im Wege der Gutschrift konkretisiert werden¹⁷⁾.

Zwar mag es auf den ersten Blick verwundern, daß der nachvertragliche Anspruch auf Gutschrift nur dem Konkursverwalter gegenüber erfüllt werden kann, gleichwohl ein Anspruch aus Gutschrift entstehen soll, wenn die Bank nicht dem Konkursverwalter gutschreibt. Das ist jedoch keineswegs so ungewöhnlich, wie es zunächst den Anschein hat. Zum einen ist die Frage der Erfüllungswirkung¹⁸⁾ von der Frage der Wirksamkeit des Vollzugsgeschäftes zu trennen. Zum anderen liegt im Deckungsverhältnis sogar Erfüllung vor. Da der Anspruch aus der Gutschrift in die Masse gelangt, ist es so anzusehen, als habe die Bank nicht dem Gemeinschuldner, sondern dem Konkursverwalter gutgeschrieben, § 8 I KO. Sollte die Bank den Gemeinschuldner über den gutgeschriebenen Betrag allerdings verfügen lassen, geht es nicht mehr um die Erfüllung des Anspruchs auf Gutschrift, sondern um diejenige des Anspruchs aus Gutschrift. Da die Leistung der Bank insoweit an den Gemeinschuldner persönlich erfolgt, wird sie jetzt nur nach Maßgabe des § 8 II, III KO frei¹⁹⁾.

17) BGH KTS 1980, 34 (36, 37); BGH WM 1978, 58 (59); Uhlenbruck, S. 300.

18) Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei darauf hingewiesen, daß es an dieser Stelle darum geht, ob die Bank von ihrer Pflicht zur Gutschrift gemäß §§ 667, 242 BGB frei wird, wenn sie an den Gemeinschuldner leistet. Angesprochen ist also das Deckungs- nicht das Valutaverhältnis.

19) Obermüller, Rn. 516; Canaris, Rn. 509.

- b) Wirksamkeit der Aufrechnung eines
Debetsaldos gegen den Anspruch aus
§ 780 BGB, § 55 KO

Eine kontokorrentmäßige Verrechnung scheidet aus, weil die Wirkungen des antizipierten Verrechnungsvertrages mit Konkurseröffnung entfallen sind²⁰⁾. Daran ändern auch die Schutzbestimmungen der §§ 23 I 2 KO, 674 BGB nichts. Der Kontokorrentvertrag gehört nicht zu den in § 23 KO genannten Vertragstypen²¹⁾. Deshalb kann sich die Bank nicht darauf berufen, sie habe die Gutschrift im Vertrauen auf das Fortbestehen des Kontokorrents vorgenommen und sei daher in ihrem guten Glauben hinsichtlich der dann bestehenden Verrechnungsmöglichkeit zu schützen. Einer solchen Annahme stünde darüber hinaus die Regelung des § 15 S. 1 KO entgegen. Wie sich aus dem darin zum Ausdruck kommenden Grundsatz des Ausschlusses jeglicher Sonderbefriedigung nach Konkurseröffnung ergibt, wird dem erwähnten Vertrauen mit Konkurseröffnung der Boden entzogen²²⁾. Darum wäre es falsch und mit dem Zweck des Konkursverfahrens, eine gemeinschaftliche Befriedigung der Konkursgläubiger herbeizuführen, unvereinbar, dieses Vertrauen über den Umweg des § 23 I 2 KO wieder zu schützen.

20) Canaris, Rn. 498; Fallscheer/Schlegel, S. 38; BGH KTS 1980, 34 (35).

21) BGH KTS 1980, 34 (36); OLG Koblenz WM 1984, 543 (544); Canaris, in RGRK-HGB, § 355 Rn. 10, 113; Kübler, BB 1976, 801; Uhlenbruck, S. 298; K/U, § 23 Rn. 15.

22) BGH KTS 1980, 34 (35); Böhle-Stamschräder/Kilger, § 23 Anm. 1 b, Anm. 7.

In Frage kommt daher nur eine reguläre Aufrechnung gemäß den §§ 387 ff. BGB. Aber auch diese ist nach § 55 S. 1 Ziff. 1 KO ausgeschlossen²³⁾, denn die Bank hatte mit ihrem Anspruch aus dem Debetsaldo eine Forderung gegen den Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung und wird ihm durch die Gutschrifterteilung danach etwas schuldig. Selbst wenn man zugunsten der Bank davon ausgeht, daß der allein aufrechnungsfähige Anspruch aus der Gutschrift seinem Kern nach bereits mit dem Anspruch auf Erteilung der Gutschrift, also mit Zahlungseingang entstanden war²⁴⁾, änderte das nichts an der Unzulässigkeit der Aufrechnung, weil der Zahlungseingang nach Konkurseröffnung erfolgte. Damit steht fest, daß die Bank des Empfängers selbst im Fall ihrer Gutgläubigkeit nicht berechtigt ist, die noch nachkonkurslichen Überweisungseingänge zur Reduzierung eines etwaigen Debetsaldos des Gemeinschuldners zu ver-

23) Das überrascht nicht. § 55 S. 1 Ziff. 1 KO enthält eine dem § 15 S. 1 KO entsprechende Schutzbestimmung; vgl. dazu K/U, § 55 Rn. 2; Jaeger/Lent, § 55 Rn. 1; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 55 Anm. 1.

24) BGH WM 1978, 58(59); BGH KTS 1980, 34 (36); OLG Düsseldorf DB 1977, 1548 (1549); Bundschuh, S. 36, 37; Jaeger/Lent, § 53 Rn. 12; Kümpel, Bank-Betrieb 1967, 342 (343).

wenden²⁵⁾.

2. Erteilung der Gutschrift in Kenntnis der Konkurseröffnung

- a) Entstehen eines Anspruchs aus Gutschrift gemäß § 780 BGB zugunsten des Gemeinschuldners

Auch bei versehentlicher Gutschrifterteilung auf dem Konto des Gemeinschuldners erwirbt dieser einen Anspruch gegen seine Bank auf Auszahlung des Überweisungsbetrages.

Da das Schuldversprechen trotz erloschenen Girovertrages aufgrund seiner Abstraktheit wirksam ist, bildet es die Grundlage für das Entstehen eines Anspruchs aus § 780 BGB²⁶⁾.

- b) Wirksamkeit der Aufrechnung eines Debetsaldos gegen den Anspruch aus § 780 BGB, § 55 KO

Was die Aufrechnungsbefugnis der Bank anbelangt, so gilt das oben Gesagte auch hier. Da die Verpflichtung der Bank zur

25) Obermüller, Rn. 251; Canaris, Rn. 498; ders., Festschrift-Konkurseröffnung, S. 73 (75); Meyer-Cording, S. 118 m.w.N. in Fn. 2; Benstz, BB 1949, 500 (501); Uhlenbruck, S. 300; Düringer/Hachenburg/Breit, Anh. II zu §§ 363 - 365, Anm. 17; Kübler, BB 1976, 801 (802); K/U, § 55 Rn. 7; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 55 Anm. 3 a; BGH KTS 1980, 34 (36).

26) Im Ergebnis ebenso BGH KTS 1980, 34 (37). Zwar war die Empfängerbank im Fall des BGH gutgläubig. Das war nach Ansicht des BGH jedoch irrelevant.

Abführung des Geldes erst nach Konkurseröffnung entstanden ist, greift das Aufrechnungsverbot des § 55 S. 11 Ziff. 1 KO ein²⁷⁾.

III. Rechtsfolgen der nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich dem Gemeinschuldner erteilten Gutschrift im Valutaverhältnis
Überweisungsauftraggeber - Überweisungsempfänger

Die Auswirkungen der nachkonkurslichen Gutschrift auf das Valutaverhältnis wurden bereits auf S. 105 f. erörtert. Hier sei nur auf das mit § 8 I KO zu begründende Ergebnis hingewiesen, daß der Überweisungsauftraggeber auch bei Leistung, d.h. Gutschrift nach Konkurseröffnung von seiner Valutaschuld frei wird.

IV. Ergebnis zu B : Zahlungseingang
nach Konkurseröffnung

Erhält eine Bank Zahlungen zugunsten eines bereits in Konkurs befindlichen Kunden, so ergibt sich folgende Rechtslage: Obwohl der Girovertrag mit Konkurseröffnung erloschen ist, darf die Bank die bei ihr eingegangenen Zahlungen nicht zurücksenden. Vielmehr hat sie diese aufgrund einer nachwirkenden Vertragspflicht gemäß den §§ 667, 242 BGB an den Konkursverwalter des Empfängers weiterzuleiten. Ein Aufrechnungsrecht mit dem regelmäßig bei Kon-

27) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (75); Obermüller, Rn. 251; Böhle-Stamschräder/Kilger, § 55 Anm. 3 a; Kübler, BB 1976, 801 (802).

kurseröffnung bestehenden Anspruch aus Debet besteht nicht. Da die Pflicht der Bank zur Weiterleitung des Geldes nach Konkurs-eröffnung entstanden ist, greift das Auf-rechnungsverbot des § 55 S. 1 Nr. 1 KO ein.

Im Gegensatz zum Deckungsverhältnis hat der Gläubigerkonkurs auf das Valutaver-hältnis keinen Einfluß, weil der Überwei-sungsschuldner gemäß § 8 I KO auch nach Konkurseröffnung schuldbefreiend leisten kann.

C Ergebnis zum 3. Kapitel:
Konkurs des Überweisungsempfängers

Im Konkurs des Überweisungsempfängers ent-scheidet der Zeitpunkt des Eingangs der Überweisung:

Bei vorkonkurslichem Zahlungseingang kann die Empfängerbank mit ihrer regelmäßig be-stehenden Debetforderung verrechnen. Das schließt die Möglichkeit einer Konkursan-fechtung im Falle der Bösgläubigkeit al-lerdings nicht aus. Gehen die Zahlungen nach Konkurseröffnung ein, gilt § 55 KO. Das Kreditinstitut muß das Geld an den Konkursverwalter abführen.

Im Gegensatz zur Bank kann der Auftragge-ber der Überweisung dem Konkurs seines Vertragspartners gelassen entgegensehen. Gleichviel, ob der Zahlungseingang vor oder nach Konkurseröffnung stattfindet, wird er jedenfalls von seiner Valutaschuld frei, solange es nur zur tatsächlichen Gutschrift auf dem Empfängerkonto kommt.

4. Kapitel: Zusammenfassung

Die Auswirkungen des Konkurses des Bankkunden auf den Überweisungsverkehr lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Ist der Bankkunde Auftraggeber der Überweisung, muß grundsätzlich der Überweisungsempfänger mit konkursbedingten Auswirkungen rechnen. Den vor Konkurseröffnung erhaltenen Girobetrag muß er im Falle der Konkursanfechtung, den nach Konkurseröffnung erhaltenen in jedem Fall wieder herausgeben. Die Bank selbst hat, soweit sie auf ein Guthabenkonto ihres Kunden achtet, sowohl vor als auch nach Konkurseröffnung keinen besonderen Grund zur Besorgnis. Bei vorkonkurslicher Auftragserledigung hat sie die konkursfeste Möglichkeit der Verrechnung, bei nachkonkurslicher, an sich nicht mehr geschuldeter Erledigung steht ihr immer ein Ersatzanspruch zu.

Ist der Bankkunde Empfänger der Überweisung, liegt es gerade umgekehrt: Hier ist nicht der Partner des Valutaverhältnisses der vom Konkurs Gefährdete - dieser kann vor und nach Insolvenzeröffnung schuldbeitragend leisten -, sondern die Bank. Vor Konkurseröffnung ist sie - falls bösgläubig - der Konkursanfechtung ausgesetzt, nach Konkurseröffnung hat sie den Überweisungsempfang auch bei Gutgläubigkeit an den Konkursverwalter abzuführen.

2. Teil: Auswirkungen des Konkurses
des Bankkunden auf den Last-
schriftverkehr

Ähnlich der Prüfung im ersten Teil orientiert sich die Untersuchung des Lastschriftverkehrs an der Frage, wie sich ein Kreditinstitut in den verschiedenen Insolvenzstadien seines Kunden verhalten muß oder wird und welche Rechtsfolgen dieses Verhalten auslöst. Die nachfolgende Erörterung ist demnach wie folgt zu gliedern: Im Konkurs des Zahlungspflichtigen ist danach zu differenzieren, ob die Zahlstelle die Lastschrift vor oder nach Konkurseröffnung einlöst, im Konkurs des Zahlungsempfängers danach, ob die Inkassostelle den Einzugsauftrag vor oder nach Konkurseröffnung erhält.

1. Kapitel: Grundlagen und rechtliche
Einordnung des Lastschrift-
verkehrs

Schon zu Beginn der Arbeit wurde darauf hingewiesen, daß man das Lastschriftverfahren auch als "rückläufige Überweisung" bezeichnet¹⁾. Damit ist zweierlei gemeint: Zum einen ist der Lastschrifteinzug ebenso wie die Giroüberweisung ein Instru-

1) Der Begriff geht zurück auf Schoele, S. 225; vgl. auch Schlegelberger/Helfermehl, Anh. zu § 365, Rn. 124; Palandt/Thomas, § 675 Anm. 5 a; Hadding/Häuser, WM 1983, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 (11); Bauer, WM 1981, 1186. Auch der BGH verwendet diesen Ausdruck, z.B. BGH NJW 1977, 1916 oder BGH WM 1977, 1196 (1197).

ment des bargeldlosen Zahlungsverkehrs²⁾ und daher auf die Übertragung von Buchgeld gerichtet. Zum anderen - und das ist der Unterschied zur regulären Überweisung - wird der Zahlungsvorgang nicht vom Schuldner, sondern vom Gläubiger initiiert. Infolgedessen beginnt die Buchung auch nicht mit einer Belastung und endet mit einer Gutschrift, sondern gerade umgekehrt. Am Anfang steht die Gutschrift, am Ende die Belastung. Deshalb sieht es so aus, als gehe die Lastschrift den rückläufigen Weg.

Seinen rechtlichen Niederschlag findet das Lastschriftverfahren in einem von den Spitzenverbänden des Deutschen Kreditgewerbes vereinbarten Abkommen. Es trat am 1.1.1964 in Kraft und gilt seit dem 1.7.1982 in überarbeiteter und aktualisierter Form³⁾. Ihm sind alle wichtigen Kreditinstitute beigetreten, mittlerweile auch Bundespost und Bundesbank. Wesentliches Merkmal dieses Abkommens ist seine Binnenwirkung, d.h. berechtigt und verpflichtet aus diesem Abkommen sind nur die Banken, nicht ihre Kunden, vgl. Abschnitt

2) Er nimmt neben Scheck und Überweisung mittlerweile eine gleichrangige Position ein. Es gibt Zahlungen, die fast ausschließlich mittels Lastschriften abgewickelt werden; z.B. Gas-, Wasser-, Elektrizitätsrechnungen, Versicherungsprämien, Beiträge etc. Vgl. Hadding, Festschrift für Bärmann, S. 375 (379).

3) Zur Neufassung vgl. Anhang 1. Erläuternd Reiser, Die Bank 1982, 375 ff.; Terpitz, Die Sparkasse 1982, 256 ff.; Hadding/Häuser, WM 1983, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 ff. Wesentliches Ziel der Neuregelung war die Anpassung an die neuen Techniken des modernsten Zahlungsverkehrs.

IV, Ziff. 1. Wie bisher bietet das Lastschriftabkommen zwei Verfahrensarten an: Das Einzugsermächtigungs- und das Abbuchungsauftragsverfahren, Abschnitt I, Ziff. 1 Lit. a, b. Ihre rechtliche Einordnung in das allgemeine Zivilrecht ist umstritten⁴⁾. Im Rahmen dieser Arbeit soll es genügen, sich mit den am häufigsten vertretenen Ansichten unter Berücksichtigung der Rechtsprechung auseinanderzusetzen, um eine Lösung zu finden, die als Grundlage für die eigentlich konkursrechtliche Thematik dienen kann.

4) Zum Meinungsstand vgl. die ausführlichen Überblicke bei Zschoche, S. 47 ff.; Mütze, S. 39 ff.; Gregor, S. 59 ff.; Hadding/Häuser, WM 1983, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 (9 ff.).

A Das Einzugsermächtigungsverfahren

Gemäß der Mustervereinbarung¹⁾ ermächtigt der Schuldner im Einzugsermächtigungsverfahren seinen Gläubiger²⁾, bestimmte Forderungen mittels Lastschrift einzuziehen.

I. "Ermächtigungstheorie"

Angesichts des unmißverständlichen Wortlauts dieser Erklärung liegt es nahe, in der Einzugsermächtigung eine Ermächtigung zu sehen.

Die Rechtsfigur der Ermächtigung ist eine Unterart der Einwilligung i.S.d. §§ 183, 185 BGB. Sie begründet für den Ermächtigten die Befugnis, im eigenen Namen über ein Recht des Ermächtigenden zu verfügen oder das Recht durch Einziehung oder in sonstiger Weise auszuüben³⁾.

Recht in diesem Sinne könnte entweder die Guthaben- bzw. Kreditforderung des Schuldners gegen die Zahlstelle oder aber dessen girovertragliches Weisungsrecht gemäß § 665 BGB sein⁴⁾.

1) Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, S. 362.

2) Heute in schriftlicher Form, Abschnitt I, Nr. 1 Lit a des Lastschriftabkommens.

3) Palandt/Heinrichs, § 185 Anm. 4; Jauernig, § 185 Anm. 1; Flume, § 57 I a.

4) Genau genommen begründet § 665 BGB dieses Weisungsrecht gar nicht, sondern setzt es voraus. Es folgt aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht, Staudinger/Wittmann, § 665 Rn. 1.

1. Der bankmäßige Guthabenanspruch als Gegenstand der Ermächtigung⁵⁾ scheidet aus. Wenn der Gläubiger ermächtigt wäre, diese Forderung im eigenen Namen einzuziehen, sogen. Einziehungsermächtigung, käme man zu einem durch den Gläubiger einklagbaren Zahlungsanspruch gegen die Zahlstelle⁶⁾. Das entspricht nicht den Intentionen der Parteien. Auf diese Weise könnten sie lediglich die Auszahlung des Bankguthabens, also die Übereignung von Bargeld, bewerkstelligen. Der Gläubiger könnte aber nicht die Erteilung einer Gutschrift, also die Übertragung von Buchgeld verlangen. Außerdem wird der Schuldner seinem Gläubiger im Lastschriftverfahren kaum mehr Rechte einräumen wollen als im gewöhnlichen Überweisungsverkehr⁷⁾. Dort jedoch erhält der Gläubiger unstreitig keinen Zugriff auf das Bankguthaben. Die Einzugsermächtigung stellt daher keine Ermächtigung zur Einziehung der Guthabenforderung dar⁸⁾.

2. Als mögliches Ermächtigungsobjekt bleibt noch das girovertragliche Weisungsrecht des Zahlungspflichtigen gegenüber seiner Bank. In diesem Fall wäre der Gläubiger gemäß § 185 BGB ermächtigt, mit Vorlage der Lastschrift die Weisungsbefugnis des zahlungspflichtigen Kontoinhabers ge-

5) So Engel, S. 20, 21.

6) Mütze, S. 51; allgemein zu den Rechtsfolgen einer Einziehungsermächtigung Larenz, Schuldrecht I, § 34 V c.

7) BGH NJW 1977, 1916.

8) I.E. ebenso Putzo, S. 50; Hadding, Festschrift für Bärmann, S. 375 (385); Gregor, S. 66; Lüke/Philippi, JuS 1978, 304 (306); Zschoche, S. 49.

genüber dessen Bank im eigenen Namen auszuüben, sogenannte Ausübungsermächtigung⁹⁾. Diese Konstruktion vermeidet die unerwünschte Konsequenz einer Auszahlung von Bargeld. Kraft der Ausübungsermächtigung¹⁰⁾ spricht der Gläubiger Giroweisungen aus, § 665 BGB, die auf die Übertragung von Giralgeld gerichtet sind¹¹⁾.

II. "Genehmigungstheorie"

Anderer Meinung ist der BGH. In Anlehnung an Hadding¹²⁾ vertritt er in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß die Zahlstelle nicht deshalb tätig werde, weil ihr eine auf den Kontoinhaber zurückführbare Weisung zugehe, sondern allein deshalb, weil sie eine Weisung der Inkassobank (bzw. einer Zwischenbank) erhalten habe¹³⁾. Infolgedessen sei ihr Handeln dem Kontoinhaber gegenüber zunächst unrechtmäßig. Die Abbuchung bedürfe daher sei-

9) So grdl. Canaris, (Vorauslage), Rn. 188; Rn. 532.

10) Unterscheide von Einziehungsermächtigung.

11) I.E. ebenso Gregor, S. 94; Zschoche, S. 63; a.A. Lüke/Philippi, JuS 1978, 304 (307), jedoch nicht überzeugend. Insbesondere ihr Verweis auf § 613 S. 2 BGB zieht nicht. Das Weisungsrecht des Schuldners wird nicht auf den Gläubiger übertragen. Es verbleibt bei dem ermächtigenden Kontoinhaber. Andernfalls könnte er neben dem Lastschrift-, nicht mehr am Überweisungsverkehr teilnehmen. Vgl. dazu Fallscheer/Schlegel, S. 11 Fn. 49.

12) Festschrift für Bärman, S. 375 (384 ff.); WM 1983, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 (16 f.); WM 1978, 1366 (1367).

13) BGH NJW 1977, 1916; BGH WM 1978, 819 (820); BGH WM 1979, 828 (829); BGH WM 1979, 830 (831); BGH WM 1979, 831 (832); BGH WM 1979, 689 (690); BGH JR 1979, 329 (330); BGH WM 1985, 905.

ner Genehmigung, § 185 II 1 1. Fall BGB. Da diese Genehmigung nicht ausdrücklich erteilt werden muß, wertet der BGH es als stillschweigende Genehmigung, wenn der Schuldner der ihm mitgeteilten Lastschriftabbuchung nicht widerspricht¹⁴⁾.

III. Stellungnahme

Der Genehmigungstheorie kann aus drei Gründen nicht gefolgt werden.

Gegen sie spricht zunächst, daß sie den erklärten Parteiwillen mißachtet. Warum die Einlösung einer Lastschrift der Genehmigung des Schuldners bedarf, obwohl dieser seinen Gläubiger zu dieser Art des Inkassos ermächtigt hat, ist nicht einzusehen¹⁵⁾. Daran ändert sich nichts, auch wenn man aus der Einzugsermächtigung die Verpflichtung zur Genehmigung ableitet. Zum einen ist es eben diese Genehmigung, die nicht dem Parteiwillen entspricht. Der Schuldner will auch bei längerer Abwesenheit die Bezahlung seiner Schulden sicherstellen. Zum anderen bleibt die obligatorische Wirkung einer Genehmigungsverpflichtung hinter der gewollten Ermächtigungsfolge, die auf der dinglichen Ebene liegt, zurück¹⁶⁾. Das zeigt sich deutlich im Konkurs des Lastschriftschuldners. Der Gläubiger hätte lediglich einen

14) Zustimmend Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 135; Bauer, WM 1981, 1186 (1187), Polke, S. 106; Stierle, S. 113; MünchKomm/Hüffer, § 783 Rn. 6 b.

15) Canaris, Rn. 535.

16) Canaris, WM 1980, 354 (362).

wertlosen Anspruch auf Genehmigung, obwohl er doch Inhaber einer wirksamen Einzugsermächtigung war und von dieser vor Konkursöffnung ordnungsgemäß Gebrauch gemacht hat¹⁷⁾.

Gegen die Genehmigungstheorie spricht ferner, daß sie zwar den Widerspruch als die Verweigerung der Genehmigung, nicht aber die Genehmigung selbst zufriedenstellend erklären kann. Diese könnte allenfalls in einem Schweigen gegenüber dem betreffenden Kontoauszug zu sehen sein. Schweigen ist grundsätzlich keine Willenserklärung, also auch keine Genehmigung. Eine Genehmigungsfiktion gemäß Ziff. 15 S. 3 AGB/B scheidet aus. Die Kontoauszüge enthalten derzeit nicht den nach § 10 Ziff. 5 AGBG erforderlichen Hinweis auf die Folgen des Schweigens¹⁸⁾.

Selbst wenn dem aber so wäre, könnte das Unterlassen rechtzeitigen Widerspruchs allenfalls bei der berechtigten Lastschrift zur Genehmigungsfiktion führen. Bei der unberechtigten Lastschrift wäre das nicht möglich. Dabei kann nichts anderes gelten als bei der unberechtigten Giroüberweisung. Dort indes führt Schweigen nicht zur Genehmigung, sondern nur zur Fiktion einer rein tatsächlichen Bestätigung der Ordnungsmäßigkeit mit der Folge der Schadens-

17) Canaris, WM 1980, 354 (363); Canaris gibt zusätzlich zu bedenken, daß eine Genehmigung des Konkursverwalters sogar unwirksam wäre, weil sie die Konkursmasse zugunsten eines einzelnen Gläubigers schädigen würde. Ebenso Zschoche, S. 73 Fn. 159; Badde, S. 89.

18) Canaris, Rn. 535, 544.

ersatzpflicht¹⁹⁾.

Ein letzter Schwachpunkt der Genehmigungstheorie liegt darin, daß die Zahlstelle dem Kontoinhaber gegenüber nicht verpflichtet ist, die Lastschrift bei Vorlage einzulösen. Das sieht auch Hadding so, denn er räumt ein, daß es der Schuldnerbank "freistehe, die Zahlung zu verweigern"²⁰⁾. Hadding meint jedoch, einen Ausgleich gefunden zu haben, weil die Zahlstelle die Lastschriften nicht einfach unbearbeitet liegen lassen dürfe, sondern aufgrund des Girovertrages verpflichtet sei, die Weisung ihres Kunden einzuholen²¹⁾. Dieser Ausgleich ist jedoch nicht gleichwertig. Schuldner und Gläubiger haben ein begründetes Interesse an der prompten Einlösung der Lastschriften. Ihnen ist nicht damit gedient, wenn die Zahlstelle erst die Weisung des Kontoinhabers abwartet, bevor sie einlöst. In der Zwischenzeit könnten im Valutaverhältnis, beispielsweise bei längerer Abwesenheit des Zahlungspflichtigen, Verzugszinsen fällig werden - § 285 BGB, Verschulden wird vermutet -, für die der Schuldner keinen Ersatz erhält, weil die Bank ihrer Benachrichtigungspflicht nachgekommen

19) BGHZ 73, 207 (210); BGH WM 1985, 905 (906); Canaris, Rn. 559; Bauer, WM 1981, 1186 (1189, 1190); Reyher/Terpitz, S. 75.

20) Festschrift für Bärmann, S. 375 (387). Ebenso Polke, S. 107.

21) Festschrift für Bärmann, S. 375 (390). Wenn sich die Zahlstelle daher rechtmäßig gegenüber ihrem Kunden verhalten wollte, müßte sie die Lastschrift anhalten und sich um seine Weisung bemühen. Damit wäre das Lastschriftverfahren tot.

ist. Das ist mißlich, besteht die Attraktivität des Einzugsermächtigungsverfahrens für den Schuldner gerade darin, sich nicht mehr um die Bezahlung seiner Schulden kümmern zu müssen, um so der Gefahr zu entgehen, Verzugszinsen zu zahlen oder Skonti zu verlieren²²⁾. Daß es in der Bankpraxis kaum jemals zu der von Hadding geforderten Benachrichtigung kommt, weil die Bank zunächst alle Lastschriften ohne Rücksicht auf ihre Berechtigung einlöst, ändert nichts an der Berechtigung des hier erhobenen Einwands. Eine Theorie muß sich gerade in den Extremfällen bewähren.

All diesen Bedenken entgeht man, wenn man die Zahlstelle in Übereinstimmung mit der Praxis ohne weiteres für verpflichtet hält, die ihr vorgelegten Lastschriften einzulösen. Die Genehmigungstheorie ist daher abzulehnen. Es ist daran festzuhalten, daß der Zahlungsempfänger im Einzugsermächtigungsverfahren mit Ausstellung einer Lastschrift das Weisungsrecht des

22) Badde, S. 13; Engel, S. 10 ff.; Reyer/Sperl, S. 49; Canaris, Rn. 529; Zschoche, S. 33, 53; Mütze, S. 44; Gregor, S. 36 f.

Zahlungspflichtigen gegenüber dessen Bank ausübt²³⁾.

Eine Bestätigung dieses Ansatzes läßt sich dem Inhalt des ausgefüllten Lastschriftbeleges entnehmen. Dieses Einzugspapier enthält exakt dieselben Informationen wie der Überweisungsauftrag im Überweisungsverkehr, nämlich die Aufforderung an die Zahlstelle, zu Lasten des Kontoinhabers Buchgeld zu übertragen, die Person des Zahlungsempfängers sowie Zeitpunkt und Höhe der Überweisung. Würde die Zahlstelle diese Angaben erstmalig von ihrem Kunden erhalten, bestünde wohl kein Zweifel an dem Vorliegen einer ausfüllenden Gestaltungserklärung i.S.d. § 665 BGB²⁴⁾. Das zeigt, daß es richtig ist, auch im Einzugsermächtigungsverfahren von einer allerdings durch den Gläubiger ausgesprochenen Weisung an die Zahlstelle auszugehen²⁵⁾. Insoweit erweist sich die Cha-

-
- 23) Canaris, Rn. 529; ders., WM 1980, 354 (361); Pohl, S. 93; Badde, S. 11; Mütze, S. 40 f., 62 f.; Putzo, S. 50; Reyher/Sperl, S. 18 f.; Soergel/Siebert/Lippisch, vor § 783 Rn. 37; OLG Düsseldorf WM 1976, 935 (937); OLG Hamm BB 1977, 1275 (1276); OLG Hamm NJW 1985, 865 (866). I.E. ebenso: Fallscheer/Schlegel, S. 6 ff.; Gregor, S. 100; Sandberger, JZ 1977, 285 (286), die jedoch keine Ermächtigung, sondern eine Vollmacht zur Ausübung des Weisungsrechts annehmen. Praktische Unterschiede zur Ermächtigungslösung ergeben sich daraus nicht.
- 24) Zur Rechtsnatur der Weisung als ausfüllendes Gestaltungsrecht vgl. Kollhossler, ZIP 1984, 389 (391)
- 25) Mütze, S. 40.

rakterisierung des Lastschriftverfahrens als eine Art rückläufiger Überweisung in einer weiteren Hinsicht als zutreffend.

B Das Abbuchungsauftragsverfahren

Beim Abbuchungsauftragsverfahren erteilt der Zahlungspflichtige seiner Bank einen widerruflichen Auftrag, bei ihr eingehende Lastschriften eines namentlich bezeichneten Zahlungsempfängers einzulösen¹⁾. Im Unterschied zum Einzugsermächtigungsverfahren tritt der Kontoinhaber hier also mit seiner Bank in Kontakt, bevor es zur Einlösung kommt. Wenn man bedenkt, daß die Zahlstelle nur aufgrund einer Weisung ihres Kunden eine Einlösung vornehmen darf²⁾, liegt es nahe, in dem Abbuchungsauftrag die erforderliche Weisung zu sehen³⁾. Da noch nicht sicher ist, wie viele Lastschriften bei der Schuldnerbank eingehen, könnte man von einem Generalauftrag des Kontoinhabers sprechen, eine Vielzahl von Zahlungen für seine Rechnungen auszuführen⁴⁾.

1) Vgl. Anhang 3.

2) S. 146.

3) So Hadding, Festschrift für Bärmann, S. 375 (383); ders., WM 1978, 1366 (1367); Badde, S. 8; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 130; Reyher/Sperl, S. 16.

4) OLG Hamm NJW 1977, 1834 (1835). Auch der BGH argumentiert so; vgl. z.B. BGH NJW 1977, 1916; BGH WM 1978, 819 (820); BGH JR 1979, 329 (330).

Gegen eine solche Argumentation ist an sich nichts einzuwenden. Zu klären bleibt aber, welche Funktion die einzelnen Lastschriften in diesem System einnehmen oder, anders ausgedrückt, wie die Mitwirkung des Lastschriftgläubigers dogmatisch zu qualifizieren ist.

I. Lastschrift als tatsächliche Voraussetzung i.S.d. § 158 I BGB

In der Lastschriftvorlage lediglich eine tatsächliche Voraussetzung für das Tätigwerden der Zahlstelle zu sehen⁵⁾, befriedigt nicht. Die Mitwirkung des Zahlungsempfängers wird damit allenfalls umschrieben, aber keineswegs rechtlich erklärt. Insbesondere bleibt unklar, woher der Gläubiger die Rechtsmacht nimmt, die Lastschrifteinlösung mit Wirkung gegen den Kontoinhaber herbeizuführen⁶⁾.

II. Lastschrift als konkretisierende Leistungsbestimmung i.S.d. § 317 BGB

Plausibler erscheint der sich neuerdings in der Literatur findende Hinweis auf § 317 BGB⁷⁾. Nach dieser Ansicht wird zugleich mit Erteilung des Abbuchungsauftrages eine konkludente Vereinbarung dahingehend getroffen, daß der Zahlungsempfänger als Dritter i.S.d. § 317 BGB berechtigt sein soll, die im Girovertrag nur generell umschriebene

5) So Hadding, Festschrift für Bärmann, S. 375 (383); ihm folgend Badde, S. 8; Polke, S. 102, 103; Reyher/Sperl, S. 16.

6) Canaris, Rn. 534; Gregor, S. 116.

7) Mütze, S. 71 f.; Zschoche, S. 76, erstmals, aber ohne Begründung, Schönle, § 31 III 1, § 32 IV.

Leistungspflicht der Zahlstelle konkretisierend zu bestimmen. Die Ausstellung einer Lastschrift stelle dann eine derartige rechtsgestaltende Leistungsbestimmung dar.

Auch diese Konstruktion trifft meines Erachtens nicht den Kern der Sache. Wenn § 317 BGB der richtige Ansatz zur Erklärung der Rechtsnatur der einzelnen Lastschrift wäre, dann müßte konsequenterweise der gewöhnliche Überweisungsauftrag unter den Tatbestand des § 315 BGB fallen, denn dort gibt nicht ein Dritter, sondern der zahlungspflichtige Vertragspartner selbst die konkretisierende Leistungsbestimmung ab⁸⁾. Der Überweisungsauftrag ist anerkanntermaßen jedoch kein Fall des § 315 BGB, sondern des § 665 BGB⁹⁾.

Dies, so wird eingewandt, besage nichts, denn bei der Leistungsbestimmung i.S.d. §§ 315, 317 BGB und bei dem Weisungsrecht i.S.d. § 665 BGB handele es sich um dasselbe Phänomen¹⁰⁾. Beide Rechte zählten zu den einseitigen Gestaltungsrechten. Ihre Ausübung habe übereinstimmend den Sinn, das nur allgemein Geschuldete näher zu bestimmen, zu konkretisieren. Der einzige Unterschied bestehe darin, daß die §§ 315 ff. BGB eine gleichsam vor die Klammer gezogene, das gesamte Schuldrecht

8) So zutreffend Canaris, (Vorauslage), Rn. 188; Gregor, S. 67; Pohl, S. 94.

9) Meyer-Cording, S. 32; Putzo, S. 30; Hadding/Häuser, ZHR 145, 138 (140); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 17; Kollhosser, ZIP 1984, 389 (391); BGHZ 10, 319 (322).

10) So Zschoche, S. 81.

erfassende Regelung sei, wohingegen § 665 BG lediglich einen typisierten Fall für das Auftragsrecht darstelle¹¹⁾.

Dann ist jedoch unverständlich, warum ausgerechnet im Abbuchungsauftragsverfahren § 317 BGB und nicht § 665 BGB gelten soll. Das Abbuchungsauftragsverfahren bewegt sich gerade im speziellen Recht des Auftrags bzw. der Geschäftsbesorgung und nicht im Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Zwar regeln die §§ 662 ff. BGB nicht ausdrücklich den Fall einer Leistungskonkretisierung durch Dritte. Darauf kommt es aber nicht an. Sie regeln jedenfalls die Leistungsbestimmung an sich. Diese wird unmißverständlich § 665 BGB zugeordnet, und es wäre erstaunlich, wenn sich an dieser Zuordnung etwas änderte, nur weil ein anderer als der Auftraggeber die Konkretisierung ausspricht. Für das Recht des Auftrags bzw. der Geschäftsbesorgung liegt die gesetzgeberische Entscheidung vor, daß immer dann, wenn es um eine nähere Bestimmung des nur allgemein Geschuldeten geht, ein Fall des § 665 BGB gegeben ist. Damit scheidet ein Rückgriff auf § 317 BGB aus. Die Lehre von der Maßgeblichkeit des § 317 BGB im Abbuchungsauftragsverfahren ist daher abzulehnen¹²⁾.

11) Zschoche, S. 83.

12) So auch Hadding/Häuser, S. 38; Pohl, S. 94; Hegel, Die Bank 1981, 611 (612).

III. Lastschrift als Weisung

i.S.d. § 665 BGB

Gleichwohl leistet dieser Ansatz einen Beitrag zur Lösung der anstehenden Problematik. Wenn im Abbuchungsauftragsverfahren nicht § 317 BGB, sondern § 665 BGB gilt, dann ist die Vorlage der Lastschrift durch den Zahlungsempfänger eben eine an die Zahlstelle gerichtete Weisung i.S.d. § 665 BGB¹³⁾. Das bestätigt auch der Wortlaut der Lastschrift. Die Zahlstelle entnimmt ihr dieselben Informationen wie einem Giroauftrag. Die Tatsache, daß ihr einige Angaben bereits durch den Abbuchungsauftrag bekannt sind - nämlich die Person des Zahlungsempfängers und die des Zahlungspflichtigen sowie dessen Kontonummer -, ändert nichts an der Fassung der Lastschrift in der Form einer jetzt zu befolgenden Zahlungsaufforderung. Zwar enthält auch der Abbuchungsauftrag eine Zahlungsaufforderung, doch mit ihr allein kann die Zahlstelle (noch) nichts anfangen. Zur ordnungsgemäßen Bearbeitung fehlen ihr noch das "Wann", das "Wieviel" und das "Wohin"¹⁴⁾ der Einlösung. Wäre es der Kontoinhaber, der diese Angaben nachreichte, wäre an einer regulären Giroweisung nicht zu zweifeln. Die Besonderheit der Lastschrift im Abbuchungsauftragsverfahren besteht lediglich darin, daß sie eine Leistungspflicht konkretisiert, die zuvor schon einmal, und zwar durch den Abbuchungsauftrag, bekannt war.

13) Ebenso Canaris, Rn. 532; Fallscheer/Schlegel, S. 6 ff.; Sandberger, JZ 1977, 285 (286).

14) Kontonummer und Bankverbindung des Zahlungsempfängers.

chungsauftrag konkretisiert worden war.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Lastschrift im Abbuchungsauftragsverfahren ebenso wie im Einzugsermächtigungsverfahren eine Weisung i.S.d. § 665 BGB darstellt, die der Zahlungsempfänger der Zahlstelle erteilt¹⁵⁾.

Abschließend bleibt zu klären, woher der Zahlungsempfänger die Rechtsmacht nimmt, Weisungen an eine Bank zu erteilen, zu der er in keinerlei vertraglicher Beziehung steht oder zu stehen braucht. Im Einzugsermächtigungsverfahren wurde dazu auf das Institut der Ausübungsermächtigung gemäß § 185 BGB zurückgegriffen. Dieser Weg eignet sich auch im Abbuchungsverfahren, denn auch dort muß der Gläubiger zur Lastschrifteinreichung autorisiert werden¹⁶⁾. Da der Zahlungsempfänger noch über die Erteilung des Abbuchungsauftrags informiert werden

15) Ebenso Putzo, S. 50; Fallscheer/Schlegel, S. 11. Zur Untermauerung dieser These sei noch auf folgendes verwiesen: Wenn schon der Abbuchungsauftrag unter den Tatbestand des § 665 BGB fällt, obwohl ihm gewisse Angaben fehlen - so die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, vgl. BGH NJW 1977, 1916; BGH WM 1978, 819; BGH NJW 1979, 542 (543); Hadding, Festschrift für Bärman, S. 375 (382 f.); Mütze, S. 64; Badde, S. 7 -, so kann nichts anderes für die einzelne Lastschrift gelten, nur weil sie Informationen enthält, die sie eigentlich nicht enthalten müßte.

16) So zu Recht Polke, S. 101; Gregor, S. 13, 19.

muß¹⁷⁾, bietet es sich an, in der entsprechenden Mitteilung seitens des Zahlungspflichtigen die erforderliche Abbuchungsermächtigung¹⁸⁾ zu sehen¹⁹⁾.

Die demgegenüber von Canaris vertretene Auffassung, wonach die Abbuchungsermächtigung zugleich mit dem Abbuchungsauftrag erteilt wird, und zwar extern i.S.d. §§ 167, 182 BGB²⁰⁾, macht bezüglich der Rechtsfolgen keinen Unterschied. Sie ist jedoch nicht notwendig, da der Zahlungspflichtige seinen Gläubiger noch über die Erteilung des Abbuchungsauftrags informieren muß. Sollte der Fall einmal so liegen, daß der Schuldner erst mit dem Gläubiger Kontakt aufnimmt und dann den Abbuchungsauftrag erteilt, so ist dies ebenfalls möglich.

17) Vorausgesetzt ist insoweit, daß der Zahlungspflichtige zunächst den Abbuchungsauftrag erteilt und dann seinen Gläubiger informiert. Diese Reihenfolge wird sich wohl am ehesten in der Praxis finden; a.A. Fallscheer/Schlegel, S. 17 Fn. 76, jedoch ohne Begründung.

18) Der Ausdruck "Abbuchungsermächtigung" wurde bisher in der Literatur nicht verwandt. Stattdessen ist von Lastschriftermächtigung die Rede, vgl. Fallscheer/Schlegel, S. 16. Das ist jedoch mißverständlich, weil dieser Ausdruck zugleich als Oberbegriff für die sowohl im Einzugsermächtigungsverfahren als auch im Abbuchungsauftragsverfahren erforderliche Weisungsermächtigung dient; vgl. dazu Canaris, Rn. 531. Zur Vermeidung von Mißverständnissen sollte daher besser von Abbuchungsermächtigung als der für das Abbuchungsauftragsverfahren spezifischen Form der allgemeinen Lastschriftermächtigung gesprochen werden.

19) So auch Fallscheer/Schlegel, S. 16, 17; Sandberger, JZ 1977, 285 (286). Zwar nehmen beide Autoren statt einer Ermächtigung eine Vollmacht an. Das macht im Ergebnis jedoch keinen Unterschied.

chungsauftrag erteilt, ist in dieser Kontaktaufnahme die entsprechende Lastschriftermächtigung zu sehen. Einer externen Ermächtigung i.S.d. §§ 167, 185 BGB bedarf es auch in diesem Fall nicht²¹⁾.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung läßt sich festhalten: Abbuchungsauftrags- und Einzugsermächtigungsverfahren sind zwei Ausprägungen einer einheitlichen Art des modernen Zahlungsverkehrs. In beiden Varianten spricht der Zahlungsempfänger durch die Ausstellung einer Lastschrift eine Weisung aus, die für die Zahlstelle verbindlich ist. Die Berechtigung zur Erteilung dieser Weisung leitet der Gläubiger von dem Zahlungspflichtigen ab. Die entsprechende Autorisation ist als Ausübungsermächtigung zu qualifizieren. Beim Einzugsermächtigungsverfahren liegt sie in der Einzugsermächtigung, beim Abbuchungsauftragsverfahren in einer von dem Abbuchungsauftrag gesonderten Lastschriftermächtigung²²⁾.

21) Mütze, S. 67.

22) I.E. ebenso oder zumindest ähnlich Canaris, Rn. 532; Putzo, S. 50; Fallscheer/Schlegel, S. 6 ff.; Sandberger, JZ 1977, 285 (286); Reyher/Sperrl, S. 16.

C Ablauf des Lastschriftverfahrens

Der Ablauf des Lastschrifteinzugs stellt sich demnach folgendermaßen dar:

Mit Einreichung einer Lastschrift zum Einzug weist der Zahlungsempfänger seine Bank an, die Lastschrift auf dem schnellsten Wege der Zahlstelle vorzulegen und ihm bei Deckungseingang den Gegenwert gutzuschreiben²³⁾. Die Gläubigerbank wird dieser Weisung nachkommen, weil sie sich in einer Zusatzabrede zum Girovertrag, der sogenannten Inkassovereinbarung²⁴⁾, zum Lastschriftinkasso verpflichtet hat²⁵⁾.

Nach Erhalt der Lastschrift erkennt die Inkassostelle das Konto ihres Kunden mit dem entsprechenden Lastschriftbetrag. Da noch keine Deckung eingegangen ist, tut sie das unter dem Vorbehalt des Eingangs²⁶⁾. Konstruktiv handelt es sich dabei um eine aufschiebend bedingte Gutschrift²⁷⁾. Bedingung in diesem Sinne ist der Erhalt von Deckung, sei es von seiten des Zahlungspflichtigen beim Haus-

23) Canaris, Rn. 566, 567; Polke, S. 100.

24) Siehe Anhang 2.

25) Zschoche, S. 160; Gregor, S. 25, 167; Obermüller, Rn. 451; Hegel, Die Bank 1981, 611.

26) Ziff. 7 der Inkassovereinbarung. Diese wurde im Zuge der Neufassung des Lastschriftabkommens ebenfalls überarbeitet. Es gilt insoweit nicht Ziff. 41 I AGB/B, wie Mütze, S. 36 Fn. 2, zu Unrecht meint. Vgl. dazu Bauer, WM 1983, 198 Fn. 6.

27) Schönle, § 32 IV; Engel, S. 31, 32; Fallscheer/Schlegel, S. 30; Polke, S. 144 f.

inkasso, sei es von seiten der vorgeschalteten Bank beim außerbetrieblichen Einzugsverkehr²⁸⁾.

Nach Erteilung der Vorbehaltsgutschrift leitet die Inkassostelle die Lastschrift an die Zahlstelle weiter²⁹⁾. Auch diese erteilt eine Gutschrift unter Vorbehalt, denn zwischen Zahl- und Inkassostelle bestehen dieselben girovertraglichen Rechtsbeziehungen wie zwischen dem Gläubiger und seiner Bank. Die Zahlstelle wird, soweit die Formalien in Ordnung sind und das Konto des Zahlungspflichtigen Deckung aufweist, die Lastschrift einlösen, d.h. das Kundenkonto belasten³⁰⁾. Rechtlich ist die Belastungsbuchung Aufwandersatz i.S.d. § 670 BGB für die aufschiebend bedingt erteilte Gutschrift zugunsten der Inkassostelle. Der Erhalt dieses Aufwands bewirkt den Bedingungseintritt im Verhältnis beider Banken, die Gutschrift bei der Inkassostelle wird wirksam, sie erhält Aufwandersatz für die dem Zahlungsempfänger erteilte Gutschrift. Damit tritt auch in diesem Verhältnis die Bedingung ein, der Anspruch aus der Gutschrift wird endgültig.

28) Gregor, S. 168; Bauer, WM 1983, 198; Canaris Rn. 569; BGH WM 1978, 819 (820); BGH JR 1979, 329 (330).

29) Aus Vereinfachungsgründen sei hier der Fall angenommen, daß beide Kreditinstitute in unmittelbarer Vertragsbeziehung zueinander stehen.

30) Nach der hier vertretenen Auffassung geschieht dies deshalb, weil der Zahlstelle eine Weisung vorliegt, die auf ihren Kunden zurückgeht und von der Inkassobank als Bote übermittelt wurde; ebenso Mütze, S. 85; Fallscheer/Schlegel, S. 11.

Anders als beim Überweisungsverkehr erlischt die Forderung aus dem Valutaverhältnis nicht allein nach § 362 I BGB³¹⁾, sondern nur in Verbindung mit den §§ 362 II, 185 I BGB. Die Forderung des Zahlungsempfängers gegen den Zahlungspflichtigen steht nämlich nicht mehr dem Valutagläubiger zu, sondern ist gemäß Ziff. 44 S. 4 AGB/B mit Lastschriftreichung sicherungshalber auf die erste Inkassostelle übergegangen³²⁾. Ein Valutaverhältnis als Schuldverhältnis im engeren Sinne besteht genau genommen nicht mehr. Folglich geht die Gutschrift auf das Konto des Zahlungsempfängers eigentlich an die falsche Stelle. Wie regelmäßig bei Sicherungszessionen, ist der Zedent aber auch hier gemäß § 185 I BGB ermächtigt, die Forderung des Zessionars im eigenen Namen einzuziehen³³⁾. Die Leistung des Schuldners an den Zahlungsempfänger ist daher Leistung an den Empfangsberechtigten und führt gemäß §§ 362 II, 185 I BGB zur Erfüllung der ehemals dem Lastschriftgläubiger zustehenden Valutaforderung.

Dabei bleibt es allerdings nur im Abbuchungsauftragsverfahren. Im Einzugsermächtigungsverfahren ist der Zahlungsvorgang reversibel. Das Mittel dazu ist der Wider-

31) Die Zahlung mittels Lastschrift ist wegen der Lastschriftabrede also die geschuldete Leistung i.S.d. § 362 I BGB; vgl. Bauer, WM 1983, 198; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 102; MünchKomm/Hüffer, § 783 Rn. 75 m.w.N.

32) Obermüller, Rn. 501.

33) Canaris, Rn. 602 a; ders., ZIP 1980, 516 (517).

spruch des Zahlungspflichtigen. Dieses im Lastschriftabkommen selbst nicht geregelte, sondern nur vorausgesetzte Recht³⁴⁾ verschafft dem Zahlungspflichtigen die Möglichkeit, die durch die Lastschrifteinlösung bewirkte Vermögensverschiebung rückgängig zu machen, falls er der Belastung seines Kontos innerhalb von sechs Wochen widerspricht.

Das ist trotz heftiger Kontroverse über Rechtsnatur und Rechtsgrundlage der Widerspruchsbefugnis³⁵⁾ heute anerkannt³⁶⁾. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um ein Recht³⁷⁾, das seine dogmatische Grundlage in dem allgemeinen girovertraglichen Weisungs- bzw. Gegenweisungsrecht hat³⁸⁾. Anders als bei der Giroüberweisung erlischt dieses Recht zur Gegenweisung nicht mit Auftragsdurchführung. Denn das Erlöschen erklärt sich dort daraus, daß die Vermögensverschiebung

-
- 34) Vgl. Abschnitt I Nr. 7 Absatz 1, Absatz 3; Abschnitt II Nr. 3, Nr. 6; Abschnitt III Nr. 1, Nr. 3 Absatz 2.
- 35) Vgl. die ausführlichen Darstellungen bei Gregor, S. 161 ff.; Mütze, S. 184 ff.; Hadding/Häuser, S. 38 ff.; Zschoche, S. 106 f., S. 109; Engel, S. 45; Fallscheer/Schlegel, S. 21 ff.; Bauer, WM 1981, 186 ff.
- 36) Franke, DB 1973, 1055 (1056); Skrotzki, KTS 1974, 136 (138); Pleyer/Holschbach, DB 1972, 761 f.; Denck, ZHR 144, 171 (178, 179); Fallscheer/Schlegel, S. 28, 29; Gregor, S. 195 m.w.N. in Fn. 1.
- 37) Im Gegensatz zu einer reinen Widerspruchsmöglichkeit, die von den Vertretern der "Genehmigungstheorie" angenommen wird.
- 38) Ebenso Gregor, S. 174; Fallscheer/Schlegel, S. 27; Sandberger, JZ 1977, 285 (287); Canaris, WM 1980, 354 (362); Zschoche, S. 127, 144.

nach Auftragserledigung nicht mehr einseitig rückgängig zu machen ist³⁹⁾. Hier dagegen ist ein solches Rückgängigmachen noch möglich, denn die Zahlstelle kann gemäß Abschnitt III Nr. 1 Satz 1 des Lastschriftabkommens die Lastschriften an die Inkassostelle zurückgeben, und diese kann ihrerseits nach Ziff. 9 Satz 2 der Inkassovereinbarung den Zahlungsempfänger einseitig zurückbelasten⁴⁰⁾.

39) Der Widerruf nach vollzogener Empfänger-gutschrift ist gem. § 306 BGB unwirksam, da auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet; vgl. dazu Gregor, S. 171 Fn. 2; Fallscheer/Schlegel, S. 27 Fn. 121; Canaris, Rn. 353.

40) Canaris, Rn. 560; Hegel, Die Bank 1981, 611 (617).

2. Kapitel: Konkurs des Zahlungs- pflichtigen

A Einlösung der Lastschrift vor Kon- kurseröffnung

I. Verpflichtung zur Einlösung

Gehen bei der Zahlstelle Lastschriften ein, bevor über das Vermögen ihres Kunden das Konkursverfahren eröffnet wird, so stellt sich zunächst die Frage, ob die Bank diese Lastschriften einlösen muß, indem sie das Konto ihres Kunden belastet. Da sich diese Frage nur bei berechtigten Lastschriften¹⁾ stellt, also nur bei solchen, denen eine durchsetzbare Forderung im Valutaverhältnis zugrunde liegt und die sich im Rahmen einer wirksamen Lastschriftermächtigung halten²⁾, wird im folgenden stets vorausgesetzt, daß es sich um eben diese berechtigten Lastschriften handelt.

1. Rechtslage im Einzugsermächtigungs- und Abbuchungsauftragsverfahren

Nach der hier vertretenen Auffassung besteht kein Zweifel an einer Einlösungspflicht seitens der Schuldnerbank, und

1) Unberechtigte Lastschriften wird die Bank zwar mangels Einblicks in die Valutabeziehung einlösen. Eine Verpflichtung dazu besteht wegen der fehlenden Weisung des Kontoinhabers allerdings nicht.

2) Zu dieser Definition vgl. etwa Mütze, S. 190; Hadding, WM 1978, 1366 (1368, 1369, 1375); Polke, S. 119 f.; Fall-sheer/Schlegel, S. 21; Engel, S. 42; Reyher/Sperl, S. 50.

zwar sowohl im Abbuchungssauftrags-³⁾ als auch im Einzugsermächtigungsverfahren⁴⁾. In beiden Fällen erhält die Zahlstelle eine Weisung, die kraft wirksamer Lastschriftermächtigung auf den Kontoinhaber zurückführt und zu deren Befolgung sie sich im Girovertrag verpflichtet hat. Da der Girovertrag nach wie vor besteht, muß die Zahlstelle die eingegangene Verpflichtung erfüllen und die Lastschrift einlösen⁵⁾.

2. Zeitpunkt der Einlösung

Zu klären bleibt der Zeitpunkt der Einlösung, denn die vorliegende Problematik der Schuldnerinsolvenz gliedert sich danach, in welchem Stadium der Insolvenz sich der Zahlungspflichtige bei Einlösung der Lastschrift befindet.

3) Ebenso Canaris, Rn. 538, 541 mit Fn. 13; Fallscheer/Schlegel, S. 16; Polke, S. 114.

4) Hegel, Die Bank 1981, 611 (616); Terpitz, NJW 1981, 1649 (1650); Zschoche, S. 53, 71; Mütze, S. 44, 55, 94; Greger, S. 100; Sandberger, JZ 1977, 285 (286); Putzo, S. 50; Badde, S. 11; Canaris, Rn. 543; ders., WM 1980, 354 (362); Polke, S. 117, allerdings im Widerspruch zu S. 107.

5) Pohl, S. 95. Obermüller, Rn. 463; Reyher/Sperl, S. 69. Eine Ausnahme gilt ebenso wie im Überweisungsverkehr, falls die Bank den Girovertrag gem. Ziff. 17 S. 2 AGB/B wegen der (bevorstehenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kündigt. Damit entfällt die Pflicht zur Einlösung. K/U, § 23 Rn. 15; Canaris, Rn. 1246, 1247.

a) Belastungsbuchung

Der Zeitpunkt der Einlösung ist frühestens mit der Belastungsbuchung auf dem Konto des Zahlungspflichtigen gekommen. Frühestens zu diesem Zeitpunkt erhält die Zahlstelle einen Gegenwert für die aufschiebend bedingt erteilte Gutschrift zugunsten der Inkassostelle⁶⁾. Damit allein liegt aber noch keine Einlösung vor.

b) Manifestation des Einlösungswillens

Hinzukommen muß nämlich noch, daß die Schuldnerbank einen entsprechenden Einlösungswillen zum Ausdruck bringt⁷⁾. Erst dadurch wird offenbar, daß die Schuldnerbank einen Aufwandersatzanspruch gegen ihren Kunden geltend machen und sich mit diesem Erstattungsanspruch für die Zahlung der aufgewendeten Beträge begnügen will⁸⁾. Die durch die Lastschrifteinlösung bewirkte Vermögensverschiebung ist somit erst vollendet, wenn die Zahlstelle ihren Einlösungswillen äußerlich erkennbar manifestiert⁹⁾. Wann dies der Fall ist, richtet sich nach der Technik des Buchungsverfahrens.

6) Bauer, WM 1983, 198 (200, 201); Gre-
gor, S. 184.

7) Allgemeine Ansicht für alle Einzugspa-
piere, vgl. etwa BGH WM 1979, 996 (997);
Fallscheer/Schlegel, S. 20; Polke, S.
110, 111; Canaris, Rn. 547; Pohl, S.
105.

8) Bauer, WM 1983, 198 (201); BGHZ 53, 199
(204).

9) Gregor, S. 186, 196; Mütze, S. 338 mit
Fn. 2; Engel, S. 37; Reyher/Sperl, S.
41 f.; Fallscheer/Schlegel, S. 18 ff.;
ebenso für das Scheckinkasso BGHZ 53,
199 (203); und LG Essen WM 1983, 1927
(1298).

aa) Vordisposition

Ist es derart ausgestaltet, daß die Zahlstelle zunächst über die Einlösung entscheidet, bevor sie die Belastungsbuchung ausführt¹⁰⁾ - sogenannte Vordisposition -, dann ist die Einlösung in dieser Belastungsbuchung zu sehen¹¹⁾. Denn damit gibt die Bank regelmäßig zu erkennen, daß sie den Willen hat, die unter Vorbehalt erteilte Gutschrift endgültig werden zu lassen und sich auf ihre Ansprüche gegen den Zahlungspflichtigen zu beschränken.

bb) Nachdisposition

Handelt es sich um eine Nachdisposition, wird also erst gebucht und dann disponiert, so ist die Belastungsbuchung nur vorläufiger Natur¹²⁾. In diesem Fall liegt es nahe, für die Frage nach der Endgültigkeit der Manifestation auf den positiven Abschluß der Nachdisposition abzustellen, die man etwa in der Absendung der automatisch erstellten Belastungsanzeige sehen könnte¹³⁾.

10) Mögliche Prüfungspunkte wären z.B. die formelle Ordnungsmäßigkeit der Lastschrift, die Existenz eines Abbuchungsauftrags, eine entgegenstehende Weisung des Kontoinhabers, das Bestehen eines ausreichenden Guthabens.

11) Canaris, Rn. 550; Bauer, WM 1983, 198 (201); BGHZ 53, 199.

12) OLG Frankfurt WM 1975, 1194; Kümpel, WM 1976, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 (16); LG Essen WM 1983, 1297 (1298).

13) So in der Tat Gregor, S. 196, 197; Polke, S. 112; Bauer, WM 1983, 198 (202); noch weitergehend Denck, ZHR 144, S. 171 (180 Fn. 42) und OLG Frankfurt WM 1975, 1194 (1195), die sogar den Zugang der Belastungsanzeige fordern.

Eine derartige Auffassung würde jedoch der Regelung der Ziff. 41 II AGB/B nicht gerecht. Die darin vorgesehene Möglichkeit zur Stornierung am zweiten Buchungstag¹⁴⁾ eröffnet der kontoführenden Stelle, die in diesen Fällen mit der Buchungsstelle nicht identisch ist, genügend Zeit zur Überprüfung und Korrektur der Buchung. Man sollte es daher bei Ziff. 41 II AGB/B bewenden lassen, zumal diese Klausel gerade im Hinblick auf die Nachdisposition geschaffen wurde¹⁵⁾. Die Lastschrift ist damit sowohl im Abbuchungsauftrags- als auch im Einzugsermächtigungsverfahren mit Ablauf von zwei Arbeitstagen nach Vornahme der Buchung eingelöst¹⁶⁾.

14) Die Frist wurde zum 1.1.1984 von einem auf zwei Tage ausgedehnt.

15) Vgl. dazu Kümpel, WM 1976, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 (23); Hellner, ZgKW 1976, 132 (134).

16) Canaris, Rn. 524, 550; Gregor, S. 197, 198; BGHZ 79, 381 (387). Die anderslautende Entscheidung des BGH in BGHZ 53, 199 steht nicht entgegen, denn Ziff. 41 II AGB/B existierte noch nicht. Zustimmung jedenfalls für die Neufassung auch Häuser, WM 1983, 1299. Die Tatsache, daß der Zahlungspflichtige im Einzugsermächtigungsverfahren die durch die Einlösung bewirkte Vermögensverschiebung eventuell durch einen Widerspruch rückgängig machen kann, ändert nichts daran, daß die Lastschrift zuvor eingelöst war. Vgl. Hadding/Häuser, S. 45; Bauer, WM 1981, 1186 (1193); Jakfeld, ZgKW 1977, 152 (154); Pohl, S. 105.

Dieses Ergebnis trägt nicht zuletzt dem besonders in Konkursfällen ausgeprägten Bedürfnis nach Rechtsklarheit Rechnung¹⁷⁾.

- 17) In diesem Zusammenhang sei auf einen weiteren Schwachpunkt der "Genehmigungstheorie" hingewiesen. Da die Belastung auf dem Konto des Schuldners erst bei dessen nachträglicher Genehmigung wirksam wird, kann auch erst zu diesem Zeitpunkt von einer Einlösung ausgegangen werden. Daß die Zahlstelle nämlich den Wegfall des Vorbehalts bei der Gutschrift der Gläubigerbank in Kauf nehmen will, obwohl sie selbst noch keine Deckung erhalten hat, ist nicht realistisch; so zutreffend BGH WM 1981, 450 (451); Reyher/Terpitz, S. 52; Bauer, WM 1983, 198 (205). Die Einlösungswirkung hinge damit trotz Vorliegens einer wirksamen Einzugsermächtigung unerträglich lange von der Genehmigung des Zahlungspflichtigen ab, ganz abgesehen von der bei stillschweigender Genehmigung schwierigen Bestimmung des Zeitpunktes der Einverständniserklärung. Vgl. Canaris, Rn. 535, 544, 636; ders., WM 1980, 354 (363). Selbst Obermüller, ein Vertreter der "Genehmigungstheorie", gesteht dies ein, Rn. 457.

II. Rechtsfolgen der vor Konkurseröffnung eingelösten Lastschrift im Deckungsverhältnis Schuldnerbank - Zahlungspflichtiger

1. Entstehen eines Aufwendungsersatzanspruchs gemäß § 670 BGB zugunsten der Bank

Löst die Zahlstelle die bei ihr eingegangene Lastschrift vor Konkurseröffnung ein, so erwirbt sie in Höhe des aufgewendeten Betrages einen girovertraglichen Ersatzanspruch gegen den Kontoinhaber¹⁸⁾. Dieser Anspruch ergibt sich ebenso wie im Überweisungsverkehr aus § 670 BGB, denn die Zahlstelle hat mit Gutschrifterteilung auf dem Konto der Inkassostelle ein Geschäft für den Zahlungspflichtigen besorgt.

2. Wirksamkeit und Anfechtbarkeit der Verrechnung des Anspruchs aus § 670 BGB gegen einen Guthabensaldo, §§ 30, 55 KO

Die schon im 1. Teil der Arbeit aufgeworfene Frage nach Wirksamkeit und Anfechtbarkeit der Verrechnung gegen einen Guthabensaldo stellt sich auch hier. Sie ist ebenso wie dort zu beantworten.

Wirksamkeitsbedenken bestehen nicht, weil § 55 KO den Fall der Verrechnung bei vor Zahlungseinstellung entstandener Verrechnungslage nicht erfaßt, bzw., bei Einlö-

18) Obermüller, Rn. 450, 457; Fallscheer/Schlegel, S. 19 mit Fn. 88; Mütze, S. 172, 195; Gregor, S. 141, 142; Bauer, WM 1981, 1186 (1187).

sung nach Zahlungseinstellung die Forderung der Bank nicht durch Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner entstanden ist¹⁹⁾. Eine Konkursanfechtung gemäß den §§ 30 Nr. 1, Nr. 2 KO entfällt ebenfalls. Die Bank erwirbt erst mit Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung (= Einlösung der Lastschrift) eine Forderung gegen die Konkursmasse. Sie ist daher bei Vornahme der Rechtshandlung nicht, wie von § 30 KO gefordert, bereits Konkursgläubigerin i.S.d. § 3 I KO²⁰⁾.

3. Besonderheiten im Einzugsermächtigungsverfahren - Widerspruchsrecht des Konkursverwalters gegenüber berechtigten Lastschriften im Interesse der Masseerhöhung?

Die eigentliche Problematik des Lastschriftinkassos besteht nicht in der Zulässigkeit der kontokorrentmäßigen Verrechnung, sondern liegt beim Einzugsermächtigungsverfahren, und zwar genauer bei dessen Besonderheit in Form des Widerspruchsrechts. Wie bereits dargelegt, verschafft dieses Recht dem Zahlungspflichtigen die Möglichkeit, die zu seinen Lasten eingetretene Vermögensverschiebung durch Einlegen eines Widerspruchs rückgängig zu machen.

Fällt nun der Zahlungspflichtige in Konkurs, so könnte der Konkursverwalter ein Interesse daran haben, den bereits vor

19) Vgl. S. 22. I.E. ebenso Obermüller, Rn. 465, Fn. 421.

20) Vgl. S. 26 ff.

Konkurseröffnung eingelösten Lastschriften zu widersprechen, um aus den ehemals getilgten Valutaforderungen einfache, d.h. nicht bevorrechtigte Konkursforderungen zu machen und auf diese Weise die Konkursmasse zu erhöhen²¹⁾. Da im Rahmen dieser Arbeit berechnete Lastschriften vorausgesetzt werden, geht es um die Frage, ob der Konkursverwalter das Recht hat, bei Konkurseröffnung vorgefundene und zu Recht eingelöste Lastschriften im Interesse der Masseerhöhung durch Widerspruch rückgängig zu machen.

a) Übergang des Widerspruchsrechts auf den Konkursverwalter

Zum Teil versucht man das Problem dadurch zu lösen, daß man jedenfalls dem Konkursverwalter die Befugnis abspricht, einer einmal eingelösten Lastschrift zu widersprechen²²⁾. Da der Girovertrag als die Quelle des Widerspruchsrechts mit Konkurseröffnung erloschen sei, bestehe für den Konkursverwalter keine Möglichkeit zur Erhebung von Widersprüchen.

Das überzeugt nicht. § 23 KO will die ungestörte Verwertung der Masse durch den Konkursverwalter sichern²³⁾, aber nicht

21) So auch Gregor, S. 200; Sandberger, JZ 1977, 285 (288); Bauer, WM 1981, 1186 (1198); Skrotzki, KTS 1974, 136 (138); Mütze, S. 191; Polke, S. 121 mit Fn. 5; ders., Die Bank 1979, 495 (499); Denck, ZHR 144, 171 (189); Zschoche, S. 142; Canaris, WM 1980, 354 (363).

22) In diesem Sinne Fallscheer/Schlegel, S. 28.

23) K/U, § 23 Rn. 1; RGZ 81, 332 (336); Denck, ZHR 144, 171 (189).

dessen Stellung durch die Zerstörung von Rechten verschlechtern, deren Entstehungstatbestand dem Grunde nach bereits vor Konkurseröffnung gelegt ist²⁴⁾. Man muß dem Girovertrag daher insoweit eine Nachwirkung zuerkennen und auch dem Konkursverwalter das Weisungs- und Widerspruchsrecht im Grundsatz zubilligen²⁵⁾.

b) Irrelevanz des Konkursfalles auf den Umfang des Widerspruchsrechts

Da also anzunehmen ist, daß dem Verwalter das Widerspruchsrecht dem Grunde nach zusteht, ist weiter zu fragen, ob es auch das Recht zum Widerspruch berechtigter Lastschriften umfaßt.

Hierzu wird die Meinung vertreten, der Konkursverwalter habe nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, berechtigten Lastschriften zu widersprechen²⁶⁾. Dies folge aus seiner Stellung als Konkursverwalter, dem es nach der Konkursordnung obliege, alle nur verwertbaren Rechte im Interesse der Gläubigergesamtheit zu verwer-

24) Canaris, Rn. 661; Bauer, WM 1981, 1186 (1188 mit Fn. 21).

25) So auch die überwiegende Meinung in der Literatur: Canaris, WM 1980, 354 (363); K/U, § 23 Rn. 5; Obermüller, Rn. 458; ders., Die Bank 1979, 495 (499); Philipowski, AcP 179, 295 (297); Buck, KTS 1980, 97 (98, 99); Denck, ZHR 144, 171 (189); Skrotzki, KTS 1974, 136 (138); Reyher/Sperl, S. 70; Hegel, Die Bank 1982, 74 (78); Hadding/Häuser, S. 112; Zschoche, S. 142, 143. Ebenso OLG Bremen ZIP 1980, 358 (359); OLG Hamm NJW 1985, 865 (866).

26) Denck, ZHR 144, 171 (190); K/U, § 23 Rn. 5; Skrotzki, KTS 1974, 136 (138).

ten. Dazu gehöre auch der Widerspruch, weil er zur Wiedergutschrift nach vorangegangener Abbuchung führe. Daß dabei einzelne Gläubiger zu Schaden kommen, sei mißlich, aber unvermeidbar. Wie sich aus § 17 KO ergebe, sei der Konkursordnung die Benachteiligung einzelner Gläubiger im Interesse der Gläubigergesamtheit nicht fremd²⁷⁾.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Wenn nämlich das Widerspruchsrecht des Konkursverwalters gerade damit begründet wird, er müsse Rechte, die vor Konkurseröffnung entstanden seien, im Interesse der Masse wahrnehmen können, so ist es nur folgerichtig, die Möglichkeit des Widerspruchs auch auf solche Rechte zu beschränken. Der Konkursverwalter erwirbt daher das Recht mit denselben (möglichen) Beschränkungen wie der Zahlungspflichtige²⁸⁾.

- c) Grundsätzlich unbeschränktes Widerspruchsrecht des Zahlungspflichtigen und daher auch des Konkursverwalters

Zu prüfen bleibt daher, ob der zahlungspflichtige Kontoinhaber berechtigt wäre, begründeten Lastschriften zu widersprechen.

27) Denck, ZHR 144, 171 (190).

28) OLG Hamm NJW 1985, 865 (866); Hegel, Die Bank 1982, 74 (78); Bauer, WM 1981, 1186 (1198); Reyher/Sperl, S. 63, 70; Pohl, S. 102; Obermüller, Rn. 460; ders., Diss., S. 125; Zschoche, S. 143; Canaris, Rn. 661, 666; ders., WM 1980, 354 (363); Buck, KTS 1980, 97 (100).

Hält man daran fest, das Widerspruchsrecht dogmatisch aus dem allgemeinen girovertraglichen Weisungsrecht gemäß § 665 BGB abzuleiten, müßte man konsequenterweise zu einem unbeschränkten Widerspruchsrecht des Kontoinhabers gelangen. Da nämlich das Weisungsrecht des Auftraggebers erst dort seine inhaltliche Grenze findet, wo der Beauftragte zur Durchführung der Weisung rechtlich oder tatsächlich nicht (mehr) in der Lage ist²⁹⁾, kann auch das Widerspruchsrecht des Zahlungspflichtigen nur für den Fall begrenzt werden, daß die Zahlstelle den Widerspruch ihres Kunden rechtlich oder tatsächlich nicht (mehr) bearbeiten kann. Der Widerspruch kann aber bearbeitet werden. Das Lastschriftabkommen schafft in Abschnitt III Nr. 1, 2 für die Zahlstelle die Möglichkeit, jede Lastschrift, welcher der Schuldner binnen 6 Wochen widersprochen hat, unter Wiedervergütung ihrer Valuta an die Inkasostelle zurückzugeben, und zwar bezeichnenderweise ohne Unterschied, ob der einzelne Widerspruch zu Recht erfolgt oder nicht³⁰⁾. Dem entspricht auch Ziff. 9 der Inkassovereinbarung, wonach sich der Gläubiger mit der Rückbelastung jeder infolge Widerspruchs zurückgegebenen Lastschrift einverstanden erklärt.

Wollte man anders entscheiden und mit einem Teil der Literatur das Widerspruchsrecht auf die Zurückweisung unberechtigter

29) Zschoche, S. 126.

30) Sandberger, JZ 1977, 285 (286, 287).

Lastschriften beschränken³¹⁾, würde man die Widerspruchsberechtigung, also eine Frage des Deckungsverhältnisses³²⁾, unzulässigerweise von der Lastschriftberechtigung, also einer Frage des Valutaverhältnisses, abhängig machen. Das ist nicht nur konstruktiv zweifelhaft, sondern auch in den praktischen Auswirkungen bedenklich. Denn wenn das Widerspruchsrecht nur im Falle unberechtigten Lastschrifteinzugs bestünde, könnte die Zahlstelle den Widerspruch zurückweisen, weil die Lastschrift zu Recht erfolgt ist. Die damit verbundene Prüfung der Widerspruchsberechtigung und der Zwang, sich mit seiner Bank über die Nichtberechtigung der Lastschrift auseinanderzusetzen zu müssen, ist aber eine Beeinträchtigung der Position des Kontoinhabers, die ihm nicht schon aufgrund des allgemeinen Girovertrages - dieser wäre dafür die einzig denkbare Rechtsgrundlage - zugemutet werden kann³³⁾. Sowohl unter konstruktiven als auch sachlichen Gesichtspunkten ist es klarer und überzeugender

31) Vgl. Engel, S. 45. Neuerdings auch Mütze, S. 192 ff. Mütze argumentiert indes mit einer *petitio principii*, wenn er auf S. 196 ausführt, der Zahlungspflichtige mache mit seinem unbegründeten Widerspruch einen ihm nicht zustehenden Kontoberichtigungsanspruch geltend, dem die Zahlstelle nicht nachzukommen brauche. Es ist ja gerade die Frage, ob dem Schuldner dieser Anspruch seiner Bank gegenüber zusteht.

32) BGH JR 1979, 329 (330); Hadding/Häusser, WM 1983, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 (16); Buck, KTS 1980, 97 (98); Bauer, WM 1981, 1186 (1189); Hegel, Die Bank 1981, 611 (615); Olzen, JR 1979, 331; Badde, S. 28 mit Fn. 75.

33) Fallscheer/Schlegel, S. 26; Denck, ZHR 144, 171 (176); Gregor, S. 163.

der, dem Kontoinhaber auch im Falle berechtigten Lastschrifteneinzugs das Recht zum Widerspruch zuzugestehen. Es ist rechtlich daher bedeutungslos, wenn beispielsweise Abschnitt I Nr. 5 der seit dem 1.7.1982 geltenden Sonderbedingungen für den Lastschriftverkehr im Sparkassenbereich³⁴⁾ vorsieht, daß der Zahlungspflichtige (nur) widersprechen kann, "wenn die für den Lastschrifteinzug notwendigen Voraussetzungen fehlen". Versteht man das Wort "kann" im Sinne rechtlicher Macht, so ist jener Satz sogar falsch. Denn der Zahlungspflichtige hat, wie gesehen, durchaus die Rechtsmacht, einer Lastschrift mit der obligatorischen Folge der Rückgabe und Vergütung zu widersprechen³⁵⁾. Der Zahlungspflichtige und somit auch der Konkursverwalter sind daher grundsätzlich berechtigt, zu Recht eingelösten Lastschriften zu widersprechen³⁶⁾.

34) Siehe Anhang 3. Vgl. erläuternd dazu Terpitz, Die Sparkasse 1982, 305 f.

35) OLG Hamm NJW 1985, 865 (866); Zschoche S. 127; zwar beziehen sich Zschoches Ausführungen nur auf die Formulierungen in den Inkassovereinbarungen. Jedoch könnte er bei konsequenter Fortführung seiner Gedanken für die Sonderbedingungen kein anderes Ergebnis vertreten.

36) Im Ergebnis ebenso die überwiegende Ansicht in Lit. und Rspr.: Bauer, WM 1981, 1186 (1189); Hadding, WM 1978, 1366 (1369); Fallscheer/Schlegel, S. 25; Denck, ZHR 144, 171 (176, 177); Pleyer/Holschbach, DB 1972, 763; Canaris, Rn. 561; ders., WM 1980, 354 (363); Sperl, ZgKW 1977, 1052; Buchal, Die Sparkasse 1979, 351; Buck, KTS 1980, 97 (98, 99); Gregor, S. 164; BGH WM 1979, 689 (690); BGH WM 1979, 828 (829); OLG Hamm NJW 1985, 865 (867); OLG Hamm WM 1985, 888.

d) Beschränkungen aus § 242 BGB

Damit ist nicht gesagt, daß das Widerspruchsrecht überhaupt keinen Beschränkungen unterliegt. Fest steht lediglich, daß derartige Beschränkungen nicht dem Dekungsverhältnis zu entnehmen sind. Da unberechtigte Widersprüche nach Konkursöffnung zu Lasten des Gläubigers gehen, der mit seiner Valutaforderung ausfallen wird, könnten sich Beschränkungen des Widerspruchsrechts aus dem Valutaverhältnis ergeben.

aa) Der BGH behandelt diese Frage dogmatisch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs und stellt insoweit auf den Zweck des Widerspruchsrechts ab³⁷⁾. Zweck des Widerspruchsrechts sei es, den Schuldner vor einem Mißbrauch des Verfahrens durch den Auftraggeber bei unberechtigten Abbuchungen zu schützen. Der Kontoinhaber dürfe unbegründeten Lastschriften daher ohne Einschränkungen widersprechen. Da der Schuldner möglicherweise Gegenrechte wie Leistungsverweigerungs-, Zurückbehaltungs- oder Aufrechnungsrechte habe, dürfe er auch bei begründeten Lastschriften widersprechen. Insoweit gelte aber die Besonderheit, daß der Widerspruch innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist nach Zugang der Belastungsanzeige einzu-

37) BGH WM 1985, 92 (84); BGH NJW 1983, 220. Ebenso OLG Hamm WM 1985, 888 (889); OLG Hamm NJW 1985, 865 (866); OLG Hamm WM 1984, 300 (301) mit Anm. von Hadding/Häuser; LG Dortmund WM 1985, 886 (887); LG Münster WM 1985, 412 (413).

legen sei³⁸⁾. Hätte er zu diesem Zeitpunkt nämlich eine Überweisung geordert, so wäre sie alsbald nicht mehr rückgängig zu machen gewesen. Es gebe keinen Grund für die Annahme, daß der Schuldner im Lastschriftverfahren besser stehen müsse. Ein Widerspruch sei daher im Verhältnis zum Zahlungsempfänger zweckwidrig und rechtsmißbräuchlich, wenn er gegen begründete, einredefreie Lastschriften oder gegen begründete einredebefahrene Lastschriften, jedoch nicht innerhalb der Überlegungsfrist, eingelegt werde.

bb) Gegen diese Art der zeitlichen Begrenzung im Falle des Bestehens von Gegenrechten wendet sich Canaris³⁹⁾. Er gibt zu bedenken, daß der Schuldner ohne Vereinbarung des Lastschriftverfahrens keineswegs immer pünktlich bezahlt oder überwiesen hätte. Folge man aber dem BGH und setze das Verstreichenlassen einer angemessenen Überlegungsfrist mit dem Absenden einer Giroüberweisung gleich, zwingt man dem Schuldner praktisch eine pünktliche Zahlung auf, zu der es in Wirklichkeit gerade bei Bestehen von Gegenrechten nicht gekommen sei. Anders sei allenfalls dann zu entscheiden, wenn sich nachweisen lasse, daß der Schuldner ohne Vereinbarung des Lastschrifteinzugs mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im Widerspruchszeitpunkt eine nicht mehr rückgän-

38) BGH WM 1979, 689 (690); WM 1979, 830 f.; WM 1979, 831 (832).

39) Rn. 605.

gig zu machende Barzahlung oder Überweisung vorgenommen hätte⁴⁰⁾.

cc) Grundsätzlich ablehnend zur Parallelbewertung von Giroüberweisung und Lastschrifteinzug äußert sich Denck⁴¹⁾. Er will dem Schuldner die volle 6-Wochenfrist zur Einlegung zugestehen, ohne Rücksicht darauf, ob die Lastschrift zu Recht eingelöst wird oder nicht. Daß damit das Ausfallrisiko im Konkurs des Schuldners auf den Gläubiger verlagert werde, sei nur ein angemessener Ausgleich für die Nachteile, die das Lastschriftverfahren für den Schuldner mit sich bringe⁴²⁾.

dd) Stellungnahme

Die Ansicht Dencks ist mit Sinn und Zweck des Widerspruchsrechts - nämlich dem Schutz gegenüber unberechtigten Lastschriften - nicht vereinbar⁴³⁾. Außerdem stehen die Nachteile des Lastschriftverfahrens für den Schuldner in keinem inneren Zusammenhang mit dem Insolvenzrisiko, so daß dessen Verlagerung auf den Gläubiger kein angemessener Ausgleich für die Nachteile ist, sondern, wie Canaris zu Recht einwendet⁴⁴⁾, "schiere Willkür".

Aber auch der Ansatz von Canaris überzeugt nicht. Der von ihm vorgeschlagene Maßstab zur Feststellung der Mißbräuchlichkeit

40) Canaris, Rn. 605. Zustimmend MünchKomm/Mertens, § 826 Rn. 190 a.

41) ZHR 144, 171 (182 f.).

42) Denck, ZHR 144, 171 (183).

43) Hegel, Die Bank 1982, 74 (75).

44) Canaris, Rn. 605 Fn. 47 a. Ebenso MünchKomm/Mertens, § 826 Rn. 190.

eines Widerspruchs bei Bestehen von Gegenrechten ist so hoch angesetzt, daß sich im Ergebnis keine Unterschiede zur Lösung ergeben, wie sie von Denck vertreten wird. Daß der Schuldner nämlich im Widerspruchszeitpunkt ohne Vereinbarung des Lastschrifteinzugs mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bereits eine nicht mehr rückgängig zu machende Barzahlung oder Giroüberweisung vorgenommen hätte, läßt sich wohl kaum jemals nachweisen. Gerade bei Bestehen etwaiger Gegenrechte wird sich der Zahlungspflichtige stets unwiderlegbar dahin einlassen, daß er eher das Risiko einer Haftung wegen Zahlungsverzugs eingegangen wäre, als den Ausfall hinsichtlich seiner eigenen Forderungen zu riskieren, indem er auf deren einredeweise Geltendmachung verzichtet.

Der dogmatische Ausgangspunkt des BGH ist zwingend. Da das Lastschriftabkommen das Problem "Widersprüche gegenüber berechtigten Lastschriften" nicht geregelt hat, wegen seiner Binnenwirkung auch nicht regeln konnte, bleibt nur der Weg, das Widerspruchsrecht auf seine immanenten Schranken hin zu untersuchen. Dazu sind die allgemeinen Grundsätze des Rechtsmißbrauchs geeignet⁴⁵⁾.

Daß der BGH zur Beurteilung des Rechtsmißbrauchs auf den Zweck des Widerspruchsrechts abstellt, ist richtig.

45) Sandberger, JZ 1977, 285 (288).

Rechtsmißbrauch ist Handeln innerhalb des Tatbestandes, außerhalb des Zwecks⁴⁶⁾.

Es trifft ferner zu, daß der Zweck des Widerspruchsrechts primär in dem Schutz vor Lastschriften besteht, die zu Unrecht ausgestellt worden sind, sei es, daß der Schuldner überhaupt keine Einzugsermächtigung erteilt hat, sei es, daß er den im Einzelfall abgebuchten Lastschriftbetrag nicht schuldete⁴⁷⁾. Da der Schuldner erst nach Erhalt der Belastungsanzeige entscheiden kann, ob er zahlen will oder nicht, liegt es auch im Falle berechtigter Lastschrifteinziehung noch im Rahmen des Widerspruchszwecks, wenn der Schuldner mit dem Widerspruch Gegenrechte durchsetzen will. Daß der Zahlungspflichtige auf solche Rechte mit Erteilung einer Einzugsermächtigung verzichtet haben soll, ist nicht realistisch und vom BGH zu Recht verneint worden⁴⁸⁾. Das Einzugsermächtigungsverfahren ist auch sonst nicht darauf angelegt, die vertragliche Rechtsposition des Schuldners gegenüber derjenigen im

46) Jauernig/Vollkommer, § 242 Anm. III 2. b aa; MünchKomm/Roth, § 242 Rn. 43; Palandt/Heinrichs, § 242 Anm. 1 b.

47) Zschoche, S. 128, 129; Gregor, S. 162 m.w.N.; Sandberger, JZ 1977, 285; Pohl, S. 100.

48) BGH WM 1979, 689 (690); BGH WM 1979, 830 (831); OLG Hamm NJW 1985, 865 (866); OLG Hamm WM 1984, 829 (833). Ebenso Pohl, S. 100. Vgl. auch Terpitz, Die Sparkasse 1982, 305 (306) unter Bezugnahme auf Abschnitt I Nr. 5 der Sonderbedingungen für den Lastschriftverkehr in der Sparkassenorganisation; Hadding/Häuser, WM 1983, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 (17); Zschoche, S. 130 Fn. 379; Gregor, S. 163; Hegel, Die Bank 1982, 74 (75).

Überweisungsverkehr zu verschlechtern⁴⁹⁾.

Es ist aber ebenso wenig darauf angelegt, seine Rechtsposition zu verbessern. Dem Schuldner im Einzugsermächtigungsverfahren die volle 6-Wochenfrist zur Geltendmachung seiner Gegenrechte zuzubilligen, führt indes zu einer derartigen Verbesserung. Hier hat er 6 Wochen nach Zahlung die Möglichkeit, Gegenrechte einredeweise geltend zu machen, wohingegen er sich im Überweisungsverkehr mit der Zahlung abfinden muß. Gegenrechte im Wege der Einrede durchzusetzen, ist ihm hier nach Zahlung verwehrt. Hinzu kommt, daß er bei Einräumung einer 6-Wochenfrist seinem Gläubiger sogar solche Rechte entgegenhalten kann, die erst innerhalb dieses Zeitraumes entstehen.

Der Einwand, im Überweisungsverkehr sei es gerade bei Bestehen von Gegenrechten nicht zur Zahlung gekommen⁵⁰⁾, zieht nicht. Zum einen trifft er nicht den eben erwähnten Fall, daß die Gegenrechte nach Zahlung entstehen. Zum anderen unterscheidet sich der Lastschrifteinzug vom Überweisungsverkehr gerade dadurch, daß es auch bei Bestehen von Gegenrechten zur Zahlung kommt. Der Schuldner selbst hat sich freiwillig der Möglichkeit begeben, den Zahlungszeitpunkt zu bestimmen und dadurch eine Frist zu gewinnen, innerhalb derer er sich überlegen kann, wie mit den Gegenrechten zu verfahren ist. Das geschah nicht grund-

49) BGH WM 1979, 689 (690); BGH WM 1979, 830 (831).

50) Canaris, Rn. 605.

los, denn nun ist er der Gefahr entlossen, Skonti zu verlieren oder in Verzug zu geraten. Es kann daher keine Rede davon sein, daß dem Schuldner eine pünktliche Zahlung aufgezwungen wird. Diese Pünktlichkeit hat er in Kenntnis der Umstände selbst veranlaßt, und wegen dieser vom Schuldner eigenverantwortlich gewählten Lastenverteilung wäre es falsch, die Überlegungsfrist zur Geltendmachung von Gegenrechten durch die "Hintertür" einer langen Widerspruchsfrist wieder einzuführen. Deshalb ist es im Grundsatz richtig, in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Ausübung des Widerspruchsrechts im Verhältnis zum Zahlungsempfänger⁵¹⁾ zeitlich zu begrenzen⁵²⁾.

-
- 51) Im Verhältnis zur Zahlstelle gilt dagegen die 6-Wochenfrist. Da das girovertragliche Widerrufsrecht solange besteht, wie die Buchgeldübertragung rückgängig zu machen ist und diese Rückgängigmachung 6 Wochen lang möglich ist, besteht auch das Widerspruchsrecht 6 Wochen lang. Das ist keine unmittelbare Außenwirkung des Lastschriftabkommens, die nach Abschnitt IV, Ziff. 1 unzulässig wäre. Vielmehr handelt es sich um eine bloße Reflexwirkung. Diese läßt das Lastschriftabkommen zu, vgl. Canaris, Rn. 560; Fallscheer/Schlegel, S. 27.
- 52) Zustimmend OLG Hamm NJW 1985, 865 (866); Hegel, Die Bank 1982, 74 (75); Bauer, WM 1981, 1186 (1199); Hadding/Häuser, S. 63; Obermüller, Rn. 460, 461; Zschoche, S. 137; Buchal, Die Sparkasse 1979, 351 (352); Baumbach/Duden/Hopt, BankGesch (7), Anm. III A 2 D; ähnlich Reyher/Terpitz, S. 90; Sandberger, JZ 1977, 285 (288); Polke, S. 121; MünchKomm/Hüffer, § 783 Rn. 70; Steffen, in RGRK-BGB, § 826 Rn. 74; Soergel/Hönn, § 826 Rn. 212 a.

Der Widerspruch ist aber entgegen der Ansicht des BGH nicht erst nach Ablauf einer "angemessenen Überlegungsfrist", sondern unverzüglich i.S.d. § 121 BGB zu erheben⁵³⁾. Ebenso nämlich wie dem Schuldner im Überweisungsverkehr ein unverzügliches Handeln zugemutet wird, um eine pünktliche Zahlung zu gewährleisten, ist dem Schuldner im Lastschriftverkehr als der rückläufigen Form der Überweisung ein entsprechend unverzügliches Handeln zuzumuten. Wenn er dies versäumt und seine Gegenrechte beziehungslos neben dem Zahlungsanspruch des Gläubigers stehen läßt, so muß er sich daran festhalten lassen⁵⁴⁾ und kann nicht verlangen, so behandelt zu werden, als ob er seine Gegenrechte einrede-weise geltend gemacht hätte. Das wäre zwar formal von der ihm im Deckungsverhältnis 6 Wochen lang zustehenden Widerspruchsmöglichkeit umfaßt, zugleich aber zweckwidrig, denn der Widerspruch ist kein Instrument zur Verbesserung seiner Rechtsstellung.

53) Das hat nichts mit der Unverzüglichkeit i.S.d. Abschnitt I, Ziff. 5 der Sonderbedingungen für den Lastschriftverkehr der Sparkassen oder Ziff. 15 AGB/B zu tun (vgl. Anhang 4). Wie dem Wortlaut der Klauseln zu entnehmen ist, betreffen sie das Deckungs- und nicht das Valutaverhältnis. BGH WM 1985, 905 (906); OLG Hamm WM 1984, 829 (834); Reyher/Terpitz, S. 75; Canaris, Rn. 559; MünchKomm/Hüffer, § 783 Rn. 68.

54) Gedanke des "venire contra factum proprium". Vgl. insoweit Larenz, Schuldrecht I, § 10 II b.

Da diese Grundsätze in gleicher Weise für den Konkursverwalter gelten, bleibt festzuhalten: Ein Konkursverwalter, der den bei Konkurseröffnung vorgefundenen Lastschriften nur deswegen widerspricht, um die Konkursmasse zu erhöhen, nutzt das Widerspruchsrecht dem Gläubiger gegenüber zweckfremd aus und handelt im Verhältnis zu diesem rechtsmißbräuchlich.

- e) Rechtsfolgen des Mißbrauchs des Widerspruchsrechts im Deckungsverhältnis Bank - Zahlungspflichtiger

Widerspricht der Konkursverwalter in rechtsmißbräuchlicher Weise, so fragt sich, ob die Zahlstelle diesen Widerspruch beachten muß oder ob sie sich auf den Standpunkt stellen kann, der Widerspruch sei für sie wegen seiner Rechtsmißbräuchlichkeit unbeachtlich.

- aa) Widerspruch ist beachtlich - Anspruch der Konkursmasse auf Wiedergutschrift aus § 667 BGB

(1) Bedenkt man, daß ein mißbräuchlich ausgeübtes Recht so nicht existiert⁵⁵⁾, dürfte nicht zweifelhaft sein, daß der Widerspruch unbeachtlich ist. Die Besonderheit im Einzugsermächtigungsverfahren liegt aber darin, daß sich der zweckwidrige Einsatz des Widerspruchsrechts nicht in

55) Sogenannte Innentheorie; vgl. BGHZ 12, 154 (157); Canaris, ZHR 143, 113 (117); Jauernig/Vollkommer, § 242 Anm. III 1 b, c; MünchKomm/Roth, § 242 Rn. 43; Larenz, Schuldrecht I, § 10 II b. Die Außentheorie ist heute überholt. Vgl. dazu Enneccerus/Nipperdey, AT, § 239 Fn. 23.

dem Verhältnis auswirkt, in dem das Recht besteht. Das Recht zum Widerspruch entstammt dem Deckungsverhältnis⁵⁶⁾. Die nachteiligen Auswirkungen treten im Valutaverhältnis ein. Würde die Zahlstelle daher einen Widerspruch unter Berufung auf die nachteiligen Auswirkungen im Valutaverhältnis zurückweisen, so würde sie ihrem Vertragspartner Einwendungen aus einem Verhältnis entgegenhalten, an dem sie nicht beteiligt ist⁵⁷⁾. Dazu ist sie wegen der Relativität vertraglicher Beziehungen grundsätzlich nicht berechtigt⁵⁸⁾. Auch bei der Giroüberweisung oder beim Scheck nimmt niemand an, die Bank dürfe einen Widerruf mit der Begründung unberücksichtigt lassen, er sei im Verhältnis zum Zahlungsempfänger pflichtwidrig⁵⁹⁾. Deshalb muß man die Bank des Schuldners grundsätzlich als verpflichtet ansehen, selbst mißbräuchlich eingelegte Widersprüche des Kunden und daher auch solche des Konkursverwalters zu befol-

56) Badde, S. 28; Engel, S. 45; Holschbach, DB 1977, 1933 (1934); Hegel, Die Bank 1981, 611 (617); Sandberger, JZ 1977, 285 (287); Mütze, S. 193 mit Fn. 2; Fallscheer/Schlegel, S. 27; OLG Düsseldorf WM 1976, 935 (937); Philipowski, AcP 179, 295 (296); Stierle, S. 114.

57) Canaris, Rn. 561 spricht bildlich von Einwendungen "ex iure tertii".

58) Bauer, WM 1981, 1186 (1191) und (1192) für die gleiche Rechtslage bei Einwendungen aus dem Verhältnis Gläubigerbank - Schuldnerbank.

59) Canaris, Rn. 561.

gen⁶⁰⁾.

Etwas anderes gilt auch nicht, falls der Konkursverwalter sämtlichen Lastschriften der vorausgegangenen 6 Wochen widerspricht, so daß für die Bank der Eindruck entsteht, die Widersprüche seien in ihrer Gesamtheit wahrscheinlich mißbräuchlich⁶¹⁾. Abgesehen davon, daß die Zahlstelle in der gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Konkursverwalter - darauf liefe die Zurückweisung sämtlicher Widersprüche hinaus⁶²⁾ - schon tatsächlich außerstande ist, irgendwelche Interna des Valutaverhältnisses vorzubringen, könnte die Bank zur Rechtfertigung ihrer Weigerung lediglich die pauschale Behauptung aufstellen, angesichts der Vielfalt der Widersprüche habe sich ihr der Eindruck der Rechtsmißbräuchlichkeit aufgedrängt. Ein derartiger Vortrag hätte im Prozeß keinen Bestand. Er müßte mangels hinreichender Substantiierung zurückgewiesen

60) Ganz h.A. in Rspr. und Lit.: BGH WM 1979, 831 (832); BGH WM 1979, 689 (690); BGH WM 1979, 830 (831); OLG Köln WM 1978, 1361 (1362); OLG Düsseldorf NJW 1977, 1403; Soergel/Hönn, § 826 Rn. 213; MünchKomm/Hüffer, § 783 Rn. 69; Bauer, WM 1981, 1186 (1189, 1191); Fallscheer/Schlegel, S. 26, 27; Denck, ZHR 144, 171 (176, 189 f.); Zschoche, S. 126 ff., 224; Gregor, S. 201 f.; Reyher/Sperl, S. 66; Buchal, Die Sparkasse 1979, 351; Stierle, S. 114; Reyher/Terpitz, S. 75; Canaris, WM 1980, 354 (363); Polke, S. 121, 122; Sandberger, JZ 1977, 285 (288, 289); Hadding/Häuser, S. 46, 47, 53.

61) Vgl. dazu OLG Hamm WM 1985, 829 ff.; sowie die Revisionsentscheidung in BGH WM 1985, 905; LG Münster WM 1985, 412; OLG Hamm WM 1985, 888.

62) BGH WM 1979, 828 (829).

werden. Daß die Widersprüche in ihrer Summe möglicherweise rechtsmißbräuchlich sind, besagt nichts über deren Zulässigkeit im Einzelfall. Dies beurteilt sich für jedes Valutaverhältnis gesondert. Die Berufung auf die Vielzahl der Widersprüche nutzt dem Konkursverwalter insoweit wenig. Die Häufung von Widersprüchen allein ist entgegen der Ansicht des OLG Hamm⁶³⁾ daher kein Grund, die nachvertragliche Weisungspflicht der Zahlstelle zu suspendieren⁶⁴⁾.

Erst recht muß daher die teilweise in der Literatur vertretene Ansicht abgelehnt werden, wonach die Zahlstelle bei Bestehen eines Verdachts die Berechtigung des Widerspruchs prüfen und dafür notfalls Beweise verlangen soll⁶⁵⁾. Die Bank ist nicht "Vormund ihres Kunden"⁶⁶⁾; dessen Weisung, und eine solche ist der Widerspruch, ist für sie grundsätzlich verbindlich⁶⁷⁾.

(2) Etwas anderes gilt möglicherweise, wenn die Bank positive Kenntnis von der Mißbräuchlichkeit des Widerspruchs hat und zusätzlich weiß, daß seine Weiterleitung wegen der Insolvenz ihres Kunden ersicht-

63) OLG Hamm WM 1985, 829 (834).

64) Ebenso BGH WM 1985, 905 (906); BGH WM 1979, 828 (830); Hegel, Die Bank 1982, 74 (78); Denck, ZHR 144, 171 (178); Buchal, Die Sparkasse 1979, 351 (352).

65) In diesem Sinne etwa Reyher/Sperl, S. 68; Mütze, S. 330 f.

66) Denck, ZHR 144, 171 (189).

67) Fallscheer/Schlegel, S. 23, 24 mit Fn. 108; Lüke/Philippi, JuS 1978, 304 (306); Zschoche, S. 131; Denck, ZHR 144, 171 (189); Bauer, WM 1981, 1186 (1195); Hadding/Häuser, S. 99; Hadding, WM 1978, 1366 (1374); Buchal, Die Sparkasse 1978, 24 (25, 26); Polke, S. 120; Hegel, Die Bank 1981, 611 (617).

lich zu einer Schädigung des Gläubigers führen wird.

(a) Der BGH geht wegen der Verwurzelung des Widerspruchsrechts im Deckungsverhältnis davon aus, daß es für die Zulässigkeit des Widerspruchs gegenüber der Zahlstelle nicht auf das Valutaverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ankomme⁶⁸⁾. Es spiele daher keine Rolle, ob der Widerspruch in diesem Verhältnis zweckgerecht oder zweckwidrig ausgeübt werde. Die Zahlstelle sei selbst dann zur Beachtung des Widerspruchs verpflichtet, wenn ihr bekannt sei, daß der Kunde die abgebuchten Beträge schulde.

(b) Diese Lösung ist bedenklich. Unbefriedigend ist zunächst, daß die Zahlstelle im Falle des Hausinkassos durch die Weiterleitung eines mißbräuchlichen Widerspruchs wissentlich an der Schädigung ihres Girokunden mitwirken soll. Diesem gegenüber ist sie aus dem Girovertrag zur Abwehr und Fernhaltung vermeidbarer Nachteile verpflichtet. Legt man diejenigen Maßstäbe an, die der BGH zur Annahme einer Warnpflicht der Bank im Konkurs des Empfängers aufgestellt hat⁶⁹⁾, so gelangt man unweigerlich zu einer Pflicht der Zahlstelle, ersichtlich mißbräuchliche und schädigende Widersprüche zurückzuweisen. Hier wie dort geht es um die Frage, ob das Kreditinstitut Handlungen vornehmen muß, zu denen es sich dem einen Kunden gegenüber verpflichtet hat, deren Vornahme den anderen Kunden jedoch ausnahmsweise schädigen würde. Wie im Falle der Überweisung die

68) BGH WM 1979, 828 (829); BGH NJW 1985, 905.

69) BGH WM 1961, 510 (511); BGH WM 1978, 588 (589).

dem Gläubiger geschuldete Gutschrift den Schuldner schädigt, so führt im Fall der Lastschrift die dem Schuldner versprochene Weiterleitung des Widerspruchs zu einer Schädigung des Gläubigers. Wenn im Überweisungsverkehr die Interessenabwägung dann zugunsten des gefährdeten Bankkunden ausfällt, wenn das Kreditinstitut positive Kenntnis von dessen sicherer Schädigung hat, so kann für den Lastschriftverkehr als der rückläufigen Form der Überweisung nichts anderes gelten. In beiden Fällen widerspricht es dem Gebot von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB, wenn die Bank trotz der als unausweichlich erkannten Schädigung ihres Kunden tätig wird und diesen sehenden Auges "ins offene Messer" laufen läßt⁷⁰⁾.

Das gilt auch für das außerbetriebliche Lastschriftinkasso. Rechtsgrundlage insoweit sind die §§ 826, 830 II BGB. Wie sich zeigen wird, handelt der Konkursverwalter sittenwidrig i.S.d. § 826 BGB, wenn er rechtsmißbräuchlich widerspricht und das bereits verwirklichte Insolvenzrisiko von der Bank auf den Gläubiger verlagert⁷¹⁾. An dieser sittenwidrigen Schädigung des Zahlungsempfängers braucht und darf sich die Bank nicht (zu) beteiligen, § 830 II BGB⁷²⁾. Auch das müßte der BGH bei kon-

70) I.E. ebenso OLG Hamm WM 1984, 830 (834); LG Münster WM 1985, 412 (413); Canaris, Rn. 562, 564, 598, 666; MünchKomm/Mertens, § 826 Rn. 190 b.

71) OLG Hamm WM 1985, 888 (889). Genauer S. 190 ff.

72) OLG Hamm WM 1984, 830 (834); MünchKomm/Mertens, § 826 Rn. 190 b; Zschoche, S 138.

sequenter Übertragung seiner für den Überweisungsverkehr entwickelten Gedanken auf den Lastschriftverkehr bejahen⁷³⁾.

Aus alledem folgt: Rechtsmißbräuchliche Widersprüche des Konkursverwalters muß die Zahlstelle im Grundsatz beachten. Ausnahmsweise ist sie berechtigt und dem Gläubiger gegenüber zur Zurückweisung dieser Widersprüche verpflichtet, wenn sie deren Mißbräuchlichkeit positiv kennt und zusätzlich weiß, daß das ihr von dem Konkursverwalter aufgetragene Verhalten rechtlich nur zu einer Schädigung des Lastschriftempfängers führen kann.

Folge eines Widerspruchs ist das Entstehen eines Wiedervergütungsanspruchs des Schuldners bzw. der Konkursmasse gegen die Zahlstelle⁷⁴⁾. Anspruchsgrundlage ist § 667 1. Fall BGB⁷⁵⁾. Ebenso wie im Überwei-

73) So hat der BGH die Gutschrift auf dem Konto einer konkursreifen Bank als dem Gläubiger gegenüber mißbräuchlich und sittenwidrig i.S.d. § 826 BGB angesehen, wenn sie "ersichtlich nur zu einer Schädigung des Empfängers führen kann"; vgl. BGH WM 1963, 829 (830).

74) BGH WM 1979, 819 (820); Bauer, WM 1981, 1186 (1187); Fallscheer/Schlegel, S. 22, 23, 33; Buck, KTS 1980, 97 (98); Skrotzki, KTS 1974, 136; Hadting, Festschrift für Bärmann, S. 375 (391); ders., WM 1978, 1366 (1368).

75) Ebenso Canaris, Rn. 661 a i.V.m. Rn. 560, 356; Gregor, S. 172, 175; Mütze, S. 193, 196. Der an sich gemäß § 23 KO erloschene Girovertrag muß auch insofern eine Nachwirkung erzeugen, denn es wäre widersinnig, das Widerspruchsrecht des Zahlungspflichtigen auf den Konkursverwalter übergehen zu lassen, ihm bzw. der Konkursmasse aber die daraus resultierenden Ansprüche zu versagen.

sungsverkehr nach Einlegung eines Widerrufs der Anspruch auf Aufwendungsvorschuß gemäß § 669 BGB entfällt⁷⁶⁾, entfällt im Lastschriftverkehr nach Einlegung eines Widerspruchs der Anspruch auf Aufwandersatz gemäß § 670 BGB. Das hat seinen Grund darin, daß der Widerspruch eine Gegenweisung darstellt, die die ursprüngliche Weisung zur Buchgeldübertragung hin-fällig macht und damit die Rechtsgrundlage für den zunächst zurechenbaren Aufwand bzw. Vorschuß nachträglich beseitigt⁷⁷⁾. Da der Zahlstelle der mit der Kontobela-stung geltend gemachte Aufwandersatz nicht mehr zusteht, ist er herauszugeben. Das geschieht in Form der Rückbu-chung⁷⁸⁾.

Besteht nun wie im Regelfall bei Konkurs-eröffnung auf dem Schuldnerkonto ein De-betsaldo⁷⁹⁾, führt eine Wiedervergütung zu einer Verminderung dieses Saldos und damit zu einer Verminderung der Konkurs-forderung der Bank. In diesem Fall fragt sich, ob der Konkursverwalter die Verrin-gerung des Schuldensaldos hinnehmen muß oder ob er die Auszahlung des gutzuschrei-benden Betrages verlangen kann.

76) BGHZ 27, 241 (248); Gregor, S. 172
Fn. 1; Canaris, Rn. 356.

77) Im Ergebnis ebenso Hegel, Die Bank
1981, 611 (617); Fallscheer/Schlegel,
S. 27; Sandberger, JZ 1977, 285 (287);
Zschoche, S. 127, 144; Canaris, WM
1980, 354 (362).

78) Canaris, Rn. 356 i.V.m. Rn. 346.

79) Bauer, WM 1981, 1186 (1188).

- bb) Wirksamkeit der Aufrechnung eines
Debetsaldos gegen den Anspruch aus
§ 667 BGB, § 55 KO

In der Tat stehen manche Konkursverwalter nach Einlegung eines Widerspruchs auf dem Standpunkt, der Anspruch auf Wiedervergütung sei nach Konkurseröffnung entstanden und darum nicht mehr gegen die vor Konkurseröffnung bestehende Bankforderung aufrechenbar, weil das Aufrechnungsverbot des § 55 S. 1 Nr. 1 KO entgegenstehe.

Diese Argumentation ist nicht haltbar. Zur Begründung wird von den Vertretern der Genehmigungstheorie darauf verwiesen, daß mit Einlegen eines Widerspruchs nicht eine Rückzahlungsforderung geltend gemacht, sondern nur die Endgültigkeit einer Vermögensverschiebung verhindert werde⁸⁰⁾. Infolgedessen finde keine Verrechnung gegen irgendwelche Eingänge statt. Vielmehr werde lediglich der richtige Saldo, der bereits vor Konkurseröffnung bestanden habe, wiederhergestellt. Das müsse auch nach Konkurseröffnung möglich sein⁸¹⁾.

Zu demselben Resultat gelangt man vom Boden der hier vertretenen "Ermächtigungstheorie" aus. Zwar kommt es danach zu einem echten Anspruch des Zahlungspflichtigen gegen seine Bank auf Wiedervergütung des widersprochenen Lastschriftbetrags

80) Skrotzki, KTS 1974, 136; Bauer, WM 1981, 1186 (1188); Buck, KTS 1980, 97 (99); Obermüller, Rn. 459; Hadding, Festschrift für Bärnann, S. 375 (390, 393).

81) Bauer, WM 1981, 1186 (1188).

ges⁸²⁾. Doch ist dieser Anspruch, obwohl erst nach Konkursbeginn fällig, gleichwohl noch aufrechnungsfähig, weil er dem Grunde nach mit Lastschrifteinlösung, also vor Konkurseröffnung, und zwar aufschiebend bedingt durch die Einlegung des Widerspruchs entstanden war. Die Aufrechnung gegenüber einer vor Konkurseröffnung aufschiebend bedingt entstandenen Forderung verstößt nicht gegen § 55 S. 1 Nr. 1 KO. Vielmehr wird sie durch § 54 I KO ausdrücklich zugelassen⁸³⁾.

82) Bedenklich daher Gregor, S. 172, 174, 175, der, obwohl die Grundlage des Widerspruchs zutreffend im Girovertragsmechanismus ansiedelnd, dem Widerspruch zusätzlich die Wirkung einer auflösenden Bedingung i.S.d. § 158 II BGB zuerkennen will. Es ist aber nicht einsichtig, inwiefern der Widerspruch die Weisung zur Rückabwicklung darstellen soll, wenn die rückabgewickelte Lage schon ipso iure nach § 158 II BGB eingetreten ist. Vollends unverständlich erscheint die Anwendung des § 158 II BGB, wenn man der "Genehmigungstheorie" folgt. So aber Obermüller, Rn. 459 unter fälschlicher Berufung auf Fallscheer/Schlegel, S. 2 und auf Hegel, Die Bank 1981, 611. Die Berufung auf Engel, S. 54, paßt systematisch ebenfalls nicht. Dort geht es um das Verhältnis Inkassostelle - Zahlungsempfänger und nicht, wie hier, um dasjenige zwischen Zahlungspflichtigem und Zahlstelle.

83) So zutreffend OLG Hamm NJW 1985, 856 (867); OLG Bremen ZIP 1980, 358 (359); Canaris, Rn. 661; Denck, ZHR 144, 171 (191 Fn. 90); Uhlenbruck, S. 305. Unzutreffend insoweit LG München II KTS 1980, 165 (166). Im Ergebnis wie hier Obermüller, Rn. 459. Vgl. auch BGH NJW 1978, 2244 zur entsprechenden Rechtslage im Vergleich.

cc) Anfechtbarkeit der Aufrechnung,
§ 30 KO

Zwar ist die Aufrechnung zulässig. Jedoch würde es aus der Sicht des Konkursverwalters genügen, wenn die zulässige Aufrechnung anfechtbar wäre.

(1) Die Vertreter der oben genannten Auffassung von der nur deklaratorischen Wirkung des Widerspruchs müssen eine Konkursanfechtung von vornherein ausschließen. Da der Widerspruch ihrer Ansicht nach nicht zu einer Rückzahlungsforderung, sondern nur zu einem Berichtigungsanspruch führt, findet keine echte Aufrechnung zwischen (Wieder-) Gutschrift und Debetsaldo statt. Folglich erlangt die Zahlstelle auch keine Befriedigung, wie sie § 30 Nr. 2 KO voraussetzt⁸⁴⁾, d.h. die Masse ist gar nicht beeinträchtigt.

(2) Anderer Ansicht ist Canaris⁸⁵⁾. Er meint, daß der vorliegende Fall nicht anders behandelt werden dürfe, als wenn eine Girozahlung durch Rücküberweisung rückgängig gemacht worden wäre; und dann bestünde grundsätzlich die Möglichkeit der Konkursanfechtung.

(3) Der Auffassung von Canaris ist insofern zuzustimmen, als in dem Vergleichsfall eine Konkursanfechtung tatsächlich gerechtfertigt ist. Denn wie der BGH in seinen neueren Ent-

84) So Bauer, WM 1981, 1186 (1188); Buck, .
KTS 1980, 97 (99).

85) Rn. 661.

scheidungen zu Recht betont⁸⁶⁾, darf die Bank des Schuldners nicht deswegen bevorzugt werden, -nur weil sie als Kreditinstitut zufällig an der Quelle der ein- und ausgehenden Zahlungen sitzt und insofern die Möglichkeit des ersten Zugriffs hat. Dieser Zufallsaspekt fehlt aber in dem Fall der Lastschriftwiedervergütung. Es ist keineswegs ein Zufall, daß es zu einem aufrechenbaren Gegenanspruch kommt. Der Konkursverwalter selbst war es, der das Entstehen dieses Anspruchs ausgelöst hat. Mit Ausübung seines Widerspruchsrechts will er bewußt die Folgen der Lastschrifteinlösung beseitigen, um nach Rückgängigmachung der Buchgeldübertragung so dazustehen, als wäre eine Lastschriftzahlung nie erfolgt. Dann aber würde im Deckungsverhältnis nur die ursprüngliche, d.h. um den Lastschriftbetrag verringerte Forderung bestehen, ohne daß der Kontoinhaber diesen Wert zur freien Verfügung hätte. Wenn der Schuldner/Konkursverwalter daher mit Einlegen eines Widerspruchs den Zahlungsvorgang zurückabgewickelt sehen möchte und insoweit zu erkennen gibt, daß er kein Interesse an dem ihm von seiner Bank eingeräumten Kredit hat⁸⁷⁾, so muß er sich daran festhalten lassen und kann nicht später die tatsächliche Auszahlung verlangen. Das wäre dann doch die Inanspruchnahme des zuvor abgelehnten Kredits und damit ein Widerspruch zu seinem früheren Verhal-

86) Grdl. BGHZ 58, 108 ff.

87) Die Einlösung einer Lastschrift bei debitorischem Bankkonto ist rechtlich und wirtschaftlich gesehen eine Kreditgewährung.

ten⁸⁸⁾. Das erkennt übrigens auch Canaris für den Fall der unberechtigten Lastschrift an⁸⁹⁾. Wenn aber der Kontoinhaber schon den zu Unrecht abgebuchten Betrag nicht in bar verlangen kann, so steht ihm die Lastschriftsumme erst recht nicht bei einer ordnungsgemäßen Lastschrift zu. Der Widerspruch ist kein Mittel zur Liquiditätsbeschaffung. Die Zahlstelle handelt daher nicht rechtsmißbräuchlich, wenn sie gegen den Wiedervergütungsanspruch aufrechnet. Dem Anliegen des Konkursverwalters auf Auszahlung des Lastschriftbetrages braucht sie somit nicht nachzukommen. Sie kann sich auf den Einwand des venire contra factum proprium gemäß § 242 BGB berufen. Die Ansicht von Canaris ist daher abzulehnen.

88) Ähnlich Engel, S. 54.

89) Vgl. Rn. 661.

III. Rechtsfolgen der vor Konkurseröffnung
eingelösten Lastschrift im
Valutaverhältnis Zahlungspflichtiger
- Zahlungsempfänger

1. Eintritt der Erfüllung

Wenn die Zahlstelle die Lastschrift vor Konkurseröffnung einlöst, tritt im Valutaverhältnis Erfüllung ein. Wie bereits ausgeführt, erhält die Zahlstelle mit der Einlösung Aufwandersatz für die zuvor aufschiebend bedingt erteilte Gutschrift zu Gunsten der Inkassostelle⁹⁰⁾. Dieser Ausgleich bewirkt den Bedingungseintritt im Verhältnis Zahlstelle Inkassostelle, deren Anspruch aus der Gutschrift damit wirksam wird. Da die Gläubigerbank nun ihrerseits Aufwandersatz erhalten hat, tritt auch im Verhältnis zum Zahlungsempfänger die Bedingung ein⁹¹⁾. Folglich erstarkt sein ehemals nur bedingter Gutschriftanspruch zu einem echten Zahlungsanspruch⁹²⁾. Ebenso wie im Überweisungsverkehr erlangt der Gläubiger damit eine vom Schuldner unabhängige und mit dem Erhalt von Bargeld vergleichbare Stellung, so daß es gerechtfertigt ist, die

90) Gregor, S. 184; Bauer, WM 1983, 198 (200).

91) Bauer, WM 1983, 198.

92) BGH WM 1978, 819 (820); BGH WM 1979, 996; BGH WM 1981, 450; Bundschuh, S. 44; Meyer-Cording, S. 83; Engel, S. 52.

Verbindlichkeit des Zahlungspflichtigen in diesem Zeitpunkt als erfüllt anzusehen⁹³⁾. Der Umstand, daß die Valutaforderung wegen Ziff. 44 S. 4 AGB/B nicht mehr dem Zahlungsempfänger, sondern der Bank zusteht, schadet nicht. Da der Zahlungsempfänger gemäß § 185 I BGB einziehungsberechtigt ist, kann der Zahlungspflichtige gemäß §§ 362 II; 185 I BGB schuldbefreiend an ihn leisten. Es ist daher die Tatsache der Einlösung, die den sukzessiven⁹⁴⁾ Wegfall der Vorbehalte auslöst und die Forderung aus dem Valutaverhältnis zum Erlöschen bringt⁹⁵⁾.

2. Besonderheiten im Einzugsermächtigungsverfahren, insbesondere nach Einlegung eines Widerspruchs

a) Eintritt der Erfüllung

Zweifel an der dargestellten Rechtslage könnten sich im Einzugsermächtigungsverfahren ergeben. Dort tritt die Besonderheit hinzu, daß der Schuldner/Konkursverwalter Widerspruch einlegen kann. Geschieht dies während der 6-Wochenfrist, innerhalb der die Inkassostelle die Lastschriften zurücknehmen muß, vgl. Abschnitt

93) Bauer, WM 1983, 198; Fallscheer/Schlegel, S. 34.

94) Unzutreffend daher Engel, S. 37, der von einem gleichzeitigen Wegfall sämtlicher Vorbehalte ausgeht, was wegen der selbständigen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten nicht richtig sein kann.

95) Canaris, Rn. 573, 636; Polke, S. 144; Meyer-Cording, S. 83; Gregor, S. 170; Putzo, S. 71; Hadding, WM 1978, 1366 (1371); BGH WM 1979, 996 (997).

III Nr. 1, Nr. 2 des Lastschriftabkommens, so ist diese berechtigt, die Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers gemäß Ziff. 9 Satz 2 der Inkassovereinbarung zu stornieren⁹⁶⁾. In Anbetracht dieser für den Gläubiger unsicheren Rechtslage könnte man daran denken, auch die Erfüllungswirkung im Einzugsermächtigungsverfahren erst mit fruchtlosem Ablauf der Widerspruchsfrist eintreten zu lassen⁹⁷⁾.

Eine derartige Argumentation verkennt den Zusammenhang zwischen Einlösung und Erfüllung. Wenn es zutrifft, daß eine Lastschrift im Einzugsermächtigungsverfahren ohne Rücksicht auf eine eventuell später erforderliche Rückabwicklung eingelöst ist⁹⁸⁾, so muß gleiches für die Erfüllung gelten, denn mit der Einlösung tritt Erfüllung ein. Eine Einlösung, die unabhängig von dem möglichen Gebrauch eines Widerspruchs wirksam wird, kann nicht eine Erfüllung nach sich ziehen, die "widerspruchsabhängig" ist. Sinn der entsprechenden Konstruktion bei der Einlösung ist gerade, die Erfüllungswirkung im Valutaverhältnis von einem späteren Wider-

96) Engel, S. 32; Bauer, WM 1981, 1186 (1193); Hadding/Häuser, S. 55;

Canaris, Rn. 577 m.w.N.; folglich bedarf es nicht der allgemeinen Überlegungen, die das OLG Düsseldorf in WM 1976, 935 (937) angestellt hat.

97) So in der Tat Bauer, WM 1981, 1186 (1193); vgl. ausführlich auch Zschoche, S. 151 ff.

98) Hadding/Häuser, S. 43 f.; a.A. Reyher/Terpitz, S. 52 und Bauer, WM 1983, 198 (205), was vom Standpunkt der Genehmigungstheorie durchaus konsequent ist.

spruch des Zahlungspflichtigen frei zu halten. Nur so läßt sich die unerfreuliche und mit den Parteivorstellungen nicht vereinbare Konsequenz vermeiden, daß trotz Vorliegens einer Einzugsermächtigung und Deckungseingang bei der Inkassostelle noch unbestimmt lang keine Erfüllungswirkung eintritt⁹⁹⁾. Im Einzugsermächtigungsverfahren erlischt die Schuld daher ebenso wie im Abbuchungsauftragsverfahren mit Einlösung der Lastschrift¹⁰⁰⁾.

b) Wegfall der Erfüllung nach Einlegung eines Widerspruchs

Wenn der Konkursverwalter widerspricht, entfällt die Erfüllungswirkung, denn bei der Abwicklung des Widerspruchs kommt es gemäß Abschnitt III Nr. 1 des Lastschriftabkommens zu einem Rückvergütungsanspruch der Zahlstelle gegen die Inkassostelle¹⁰¹⁾ und damit zum Verlust derjenigen Deckung, welche die vorläufig erteilte Gutschrift in eine endgültige umgewandelt hatte¹⁰²⁾. Dieser (automatische) Wegfall der Erfüllung läßt sich am ehesten mit der Annahme einer auflösenden Bedingung i.S.d.

99) Canaris, Rn. 636; ders., WM 1980, 354 (363); Engel, S. 54.

100) Fallscheer/Schlegel, S. 34; Gregor, S. 170, 171; Engel, S. 54; Sandberger, JZ 1977, 285 (289); Hadding/Häuser, S. 73 f.

101) Hadding/Häuser, WM 1983, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 (16); Canaris, Rn. 589; OLG Düsseldorf WM 1976, 935 (936); OLG Düsseldorf NJW 1977, 1403 (1404); BGH WM 1979, 994 (995).

102) Polke, S. 118, 119; Fallscheer/Schlegel, S. 34, 35; Gregor, S. 187, 189; Engel, S. 54.

§ 158 II BGB erklären. Dafür spricht nicht nur der Wortlaut von Ziff. 9 Satz 2 der Inkassovereinbarung, wonach der Gläubiger sich von vornherein mit der Rückbelastung einverstanden erklärt, sondern auch die Anknüpfung von Satz 2 an Satz 1, wo die Rechtsfolge ebenfalls ipso iure, also wie in § 158 II BGB eintritt¹⁰³⁾. Die Buchgeldübertragung im Einzugsermächtigungsverfahren ist daher nicht nur aufschiebend bedingt durch die Einlösung der Lastschrift, sondern zugleich auflösend bedingt durch die Einlegung des Widerspruchs¹⁰⁴⁾. Kommt es dazu, so entfällt die Gutschrift gemäß § 158 II BGB und da-

103) Canaris, Rn. 577.

104) Ganz überwiegende Ansicht in Rspr. und Lit.: OLG Köln WM 1978, 1361 (1363); BGH WM 1979, 994 (995); Hegel, Die Bank 1981, 611 (614); Sandberger, JZ 1977, 285 (287, 289); Gregor, S. 187 ff.; Schönle, § 32 IV; Hadding/Häuser, S. 56, 57, 58; Hadding, WM 1978, 1366 (1377); Bauer, WM 1981, 1186 (1193); MünchKomm/Hüfner, § 783 Rn. 74.

mit auch die Erfüllungswirkung, denn diese setzt eine Forderung aus Gutschrift voraus¹⁰⁵⁾. Konsequenterweise lebt dann die ehemals getilgte Forderung aus dem Valutaverhältnis wieder auf¹⁰⁶⁾, die im Konkurs des Zahlungspflichtigen freilich wertlos ist¹⁰⁷⁾.

-
- 105) Genau genommen ist es nicht der Widerspruch, der zum Eintritt der auflösenden Bedingung führt, sondern erst das Entstehen des Rückvergütungsanspruchs gem. Abschnitt III, Nr. 1 des Lastschriftabkommens, denn erst dadurch erleidet die Inkassostelle eine Vermögenseinbuße; so zutreffend Canaris, Rn. 577. Deshalb entfällt auch eine Anwendung des § 162 II BGB. Die Bedingung im Verhältnis Inkassostelle - Zahlungsempfänger besteht allein in der widerspruchsbedingten Rückbelastung der Inkassostelle. Ob der Widerspruch im Verhältnis zum Gläubiger berechtigt oder mißbräuchlich ist, spielt für den Eintritt der Bedingung keine Rolle. Das ergibt sich auch daraus, daß nicht die Berechtigung, sondern nur der Tatbestand eines Widerspruchs in Abschnitt II, Nr. 1 Lastschriftabkommen und Ziff. 9 Satz 2 der Inkassovereinbarung vorausgesetzt wird. Ebenso Canaris, Rn. 636.
- 106) Sandberger, JZ 1977, 285 (289); Reyher/Sperl, S. 51, 67; Denck, ZHR 144, 171 (184); Fallscheer/Schlegel, S. 35; OLG Düsseldorf WM 1976, 935 (937); Bauer, WM 1981, 1186 (1194).
- 107) Sandberger, JZ 1977, 285 (290); Canaris, Rn. 639; Gregor, S. 224.

c) Schadensersatzanspruch des Zahlungsempfängers

In diesem Fall fragt sich, ob der Zahlungsempfänger¹⁰⁸⁾ den durch den Forderungsausfall entstehenden Schaden ersetzt verlangen kann. Als Anspruchsgegner kommen die Konkursmasse, der Konkursverwalter und die Zahlstelle in Betracht.

aa) Anspruch gegen die Konkursmasse

(1) Die mißbräuchliche Ausübung des Widerspruchsrechts stellt einen Vertragsbruch im Valutaverhältnis dar und löst eine Haftung wegen positiver Forderungsverletzung aus¹⁰⁹⁾. Auch wenn das Valutaverhältnis erloschen ist, bestehen nachvertragliche Treupflichten¹¹⁰⁾, die darauf gerichtet sind, alles zu unterlassen, was den mit dem Vertrag verfolgten Zweck durchkreuzen und den Gläubiger schädigen

108) Trotz Ziff. 44 S. 4 AGB/B ist Inhaber der Valutaforderung nicht etwa die Inkassostelle, sondern der Zahlungsempfänger. Der Widerspruch soll nämlich zur Rückabwicklung der Vermögensverschiebung führen und die Beteiligten so stellen, wie sie vor dem Lastschrifteinzug standen. Vor Lastschriftzahlung war Inhaber der Valutaforderung aber der Zahlungsempfänger.

109) Sandberger, JZ 1977, 285 (289); Hegel, Die Bank 1982, 74 (77); Holschbach, DB 1977, 1933 (1935); Zschoche, S. 224; OLG Düsseldorf WM 1976, 935 (937); OLG Hamm NJW 1985, 865 (866).

110) Genau genommen handelt es sich daher um eine Haftung wegen sogen. "culpa post contractum finitum"; vgl. dazu Zschoche, S. 129.

könnte¹¹¹⁾. Da dies für den mißbräuchlichen Widerspruch zutrifft - er ist sowohl zweckwidrig als auch gläubigerschädigend -, begründet er eine Haftung aus pVV. Anspruchsgegner ist die Konkursmasse, denn da der Konkursverwalter widerspricht, handelt es sich um eine Masseschuld i.S.d. § 59 I Nr. 1 KO¹¹²⁾.

Fraglich könnte allenfalls sein, ob der Konkursverwalter schuldhaft handelt. Wenn er zur Klärung seines Widerspruchsrechts lediglich die 9. Auflage des Kommentares von Kuhn/Uhlenbruck und den dort zitierten Aufsatz von Skrotzki liest, befindet er sich in einem vorsatzausschließenden Rechtsirrtum¹¹³⁾. Denn nach dieser Ansicht steht dem Konkursverwalter im Interesse der Masseerhöhung ein uneingeschränktes Widerspruchsrecht zu¹¹⁴⁾.

Dieser Irrtum beruht jedoch auf Fahrlässigkeit. Mit der Lektüre einer Kommentarstelle aus dem Jahre 1979 darf sich ein Konkursverwalter nicht begnügen. Rechtsprechung, insbesondere die des BGH, ist dort nicht zitiert. Zöge er die Neuauflage des erwähnten Kommentares oder denjenigen von Böhle-Stammschräder/Kilger zurate, würde er auf die Rechtsprechung zu

111) Engel, S. 49; Polke, S. 144; Mütze, S. 229; Zschoche, S. 143; Canaris, Rn. 636, 637; Larenz, Schuldrecht I, § 10 II g.

112) Obermüller, Rn. 461; Zschoche, S. 143.

113) Das Unrechtsbewußtsein ist Teil des Vorsatzes; vgl. BGH NJW 1951, 596 (597); BGH NJW 1965, 962 (963).

114) Skrotzki, KTS 1974, 136 (138).

§ 826 BGB stoßen. Dann wüßte er, daß das Widerspruchsrecht des Zahlungspflichtigen unter dem Mißbrauchsverbot steht und eine Schadensersatzhaftung auslösen kann. Diese Rechtsprechung ist außerdem in den einschlägigen Zeitschriften veröffentlicht, deren Lektüre dem Konkursverwalter zwecks Information über die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zuzumuten ist ¹¹⁵⁾. Der Aufsatz von Skrotzki ist über 10 Jahre alt, konnte neuere Rechtsprechung daher nicht berücksichtigen. Wenn sich der Konkursverwalter demnach mit der gebotenen Sorgfalt vor Ausübung des Widerspruchsrechts um das Herausfinden der maßgeblichen Rechtslage kümmert, so wird er feststellen, daß das Einlegen von Widersprüchen allein zu dem Zweck der Masseerhöhung rechtsmißbräuchlich ist und den Widersprechenden schadensersatzpflichtig macht. Wer dies versäumt, handelt fahrlässig.

Zwar könnte man einwenden, daß der Konkursverwalter gerade bei Kenntnis der vom BGH vertretenen Genehmigungstheorie ein unbeschränktes Widerspruchsrecht annimmt. Da nach dieser Theorie die Kontenbelastung erst mit Genehmigung des Schuldners wirksam wird, müßte der Konkursverwalter argumentieren dürfen, auch ihm sei es gestattet, zu Recht eingelegten Lastschriften zu widersprechen, sofern sie der Kontoinhaber vor Konkursöffnung noch nicht genehmigt hatte ¹¹⁶⁾. Da der BGH diese Konsequenz wegen der für

115) OLG Hamm NJW 1985, 865 (867).

116) Diese Konsequenz der Genehmigungstheorie sehen ebenso OLG Hamm NJW 1985, 865 (866); Canaris, Rn. 661.

den Gläubiger schwer tragbaren Ergebnisse jedoch nicht gezogen, vielmehr auf den Gedanken des Rechtsmißbrauchs abgestellt hat, kann sich ein Konkursverwalter zur Entschuldigung seines Irrtums auch nicht auf die Genehmigungstheorie berufen¹¹⁷⁾.

(2) Zusätzlich zu dieser vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Haftung könnte die Konkursmasse einer deliktischen Haftung ausgesetzt sein. Da der Widerspruch ausschließlich zu Vermögensschäden führt, kommt als Anspruchsgrundlage nur § 826 BGB in Betracht¹¹⁸⁾. Zu fragen ist demnach, ob das Einlegen eines rechtsmißbräuchlichen Widerspruchs durch den Konkursverwalter eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Zahlungsempfängers darstellt.

Sicher wäre es voreilig, die Sittenwidrigkeit allein aus der Tatsache des Vertragsbruchs abzuleiten. Ein vertragsbrüchiges Verhalten ist nicht schlechthin sittenwidrig, d.h. verwerflich¹¹⁹⁾. Ein derartiger Vorwurf läßt sich nur bei Vorliegen besonderer Umstände rechtfertigen¹²⁰⁾, die in den hier fraglichen Fällen allerdings gegeben sind. Wie nämlich die Rechtsprechung - und diese ist für die Auslegung einer Generalklausel wie der der Sittenwidrigkeit in besonderem Maße heran-

117) OLG Hamm a.a.O.

118) Zschoche, S. 129.

119) OLG Düsseldorf WM 1976, 935 (937); Hadding/Häuser, S. 59; Sandberger, JZ 1977, 285 (290); insbes. Canaris, Rn. 606, 607, 612.

120) Staudinger/Schäfer, § 826 Rn. 166; Steffen, in RGRK-BGB, § 826 Rn. 59, 102; BGHZ 12, 308 (318).

zuziehen - zu § 826 BGB ausgeführt hat, gehört es zu den wichtigsten Zielsetzungen dieser Norm, Schädigungen zu verhindern, die jemand einem anderen unter Berufung auf die formale Rechtslage zufügt, ohne daß ihm eigene berechnete Interessen zur Seite stehen¹²¹⁾. Besondere Umstände der obigen Art, die einen Vertragsbruch verwerflich erscheinen lassen, liegen dann immer dann vor, wenn rein formale Rechtspositionen mißbräuchlich ausgenutzt werden¹²²⁾. Um eben diesen Mißbrauch formalen Rechts handelt es sich, wenn der Konkursverwalter in Kenntnis der vollen Berechnung der Lastschrifteinlösung Widerspruch erhebt, um Zahlungen auf begründete und einredefreie Ansprüche des Gläubigers rückgängig zu machen und dadurch das bereits verwirklichte Konkursrisiko von der Zahlstelle auf den Gläubiger verlagert. Ein solcher Rechtsmißbrauch ist

121) RGZ 48, 114 (124); RGZ 55, 367 (372); RGZ 58, 219 f.; RGZ 62, 137 (138); BGH WM 1962, 929 (930).

122) So auch die überwiegende Literaturansicht: Larenz, Schuldrecht II, § 72 IV 8; Erman/Drees, § 826 Rn. 11, 33, 36; Palandt/Thomas, § 826 An. 2 e; Haager, in RGRK-BGB, § 826 Rn. 39; Zschoche, S. 130; Jauernig/Teichmann, § 826 Anm. II 2 d cc.

sittenwidrig¹²³⁾. Falls der Konkursverwalter die dadurch hervorgerufene Schädigung auf seiten des Gläubigers erkennt - wovon regelmäßig auszugehen ist, denn die wirtschaftlichen Folgen sind gerade Bestandteil seiner Handlungsstrategie -, ist dem Zahlungsempfänger Schadensersatz gemäß § 826 BGB zu leisten. Auch dies ist ebenso wie der Anspruch aus pVV eine Masseschuld i.S.d. § 59 I Nr. 1 KO¹²⁴⁾.

bb) Anspruch gegen den Konkursverwalter

Da in den hier fraglichen Fällen nicht der Zahlungspflichtige selbst, sondern der Konkursverwalter widerspricht, haftet dieser neben der Konkursmasse auch persönlich. Anspruchsgrundlage ist nicht nur § 826 BGB¹²⁵⁾, sondern zusätzlich § 82 KO, der daneben anwendbar ist¹²⁶⁾. Durch sein rechtsmißbräuchliches Verhalten verletzt der Konkursverwalter seine Sorg-

123) Ebenso OLG Hamm NJW 1985, 865 (866); OLG Hamm WM 1985, 888 (889); LG Münster WM 1985, 412 (413); OLG Düsseldorf WM 1976, 935 (937); BGH WM 1979, 689 (690); BGH WM 1979, 828 (829); BGH WM 1979, 830 (831); BGH WM 1979, 994 (995). Zwar beschäftigen sich die BGH-Entscheidungen jeweils mit Schadensersatzansprüchen (aus § 826 BGB) der Inkassostelle. Indessen ist es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ohne Belang, ob der Schaden beim Gläubiger oder dessen Bank eintritt. Zutreffend Zschoche, S. 135; OLG Hamm WM 1984, 829 (834). Vgl. auch Soergel/Hönn, § 826 Rn. 212; MünchKomm/Mertens, § 826 Rn. 190; Baumbach/Duden/Hopt, BankGesch, Anm. III A 2 D.

124) Zschoche, S. 143 Fn. 426.

125) Vgl. dazu Obermüller, Rn. 461; Canaris, Rn. 666; ders., WM 1980, 354 (363); Hegel, Die Bank 1982, 74 (78).

126) Böhle-Stamschräder/Kilger, § 82 Anm. 1; Uhlenbruck, S. 451; K/U, § 82 Rn. 4.

faltspflicht gegenüber dem Lastschriftgläubiger und haftet ihm nach § 82 KO¹²⁷⁾. Konkursmasse und Verwalter sind Gesamtschuldner.

cc) Anspruch gegen die Zahlstelle

(1) Aus § 826 BGB

Als möglicher Gegner eines Schadensersatzanspruchs kommt letztlich die Zahlstelle in Frage.

Grundsätzlich trifft die Zahlstelle keine Haftung aus § 826 BGB. Da für sie auch rechtsmißbräuchliche Widersprüche verbindlich sind, kann sie durch deren Befolgung Dritten gegenüber nicht schadensersatzpflichtig werden¹²⁸⁾.

Eine Ausnahme gilt für den Fall, daß die Zahlstelle von sich aus an den Konkursverwalter herantritt und diesen bewegt, von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen, um auf Kosten anderer Konkursgläubiger ihre eigene uneinbringliche Forderung aus dem Debetsaldo zu reduzieren. Ein derartiges Verleiten zum Vertragsbruch und die damit regelmäßig verbundene Kollusion zwischen Schuldnerbank und Konkursverwalter ist ein typischer Anwendungsfall des § 826 BGB und löst eine Schadensersatz-

127) OLG Hamm NJW 1985, 865 (866). Buck, KTS 1980, 97 (100); Bauer, WM 1981, 1186 (1199).

128) BGH WM 1985, 905 (906); BGH WM 1979, 828 (830); Zschoche, S. 129; Buck, KTS 1980, 97 (99, 100); Bauer, WM 1981, 1186 (1196); Lüke/Philippi, JuS 1978, 304 (306); Obermüller, Rn. 462.

pflieht der Schuldnerbank dem Gläubiger gegenüber aus¹²⁹⁾.

(2) Abgesehen davon kommt nach der hier vertretenen Auffassung eine Haftung wegen Beihilfe gemäß den §§ 826, 830 II BGB für den Fall in Betracht, daß die Zahlstelle den sittenwidrigen Rechtsmißbrauch des Schuldners/Konkursverwalters positiv kennt und zusätzlich weiß, daß ihre Mithilfe ersichtlich nur zu einer Schädigung des Gläubigers führen kann¹³⁰⁾.

Daß nach Ansicht des BGH die Zahlstelle nur im Falle der Kollusion wegen Mittäterschaft haftbar ist¹³¹⁾, läßt sich weder mit dem aus dem Strafrecht zu entnehmenden Gehilfenbegriff¹³²⁾ noch mit den sonstigen Entscheidungen des BGH zur Haftung wegen Beihilfe vereinbaren. Dort reichte es im objektiven Tatbestand aus, daß der Gehilfe die Haupttat gefördert hatte¹³³⁾.

129) BGH WM 1979, 828 (829); BGH JR 1979, 329 (330); OLG Hamm WM 1984, 888 (889); OLG Düsseldorf WM 1976, 935 (937); LG Münster WM 1985, 412 (414); Steffen, in RGRK-BGB, § 826 Rn. 108, 111; Holschbach, DB 1977, 1933 f.; Zschoche, S. 132; MünchKomm/Mertens, § 826 Rn. 190 b; Denck, ZHR 144, 171 (188); Polke, S. 123; Canaris, Rn. 618; Hegel, Die Bank 1982, 74 (78); Sandberger, JZ 1977, 285 (290); Obermüller, Rn. 462; ders., Die Bank 1979, 495 (500); Holschbach, DB 1977, 1933 (1935); Hadding, WM 1978, 1366 (1369); Hadding/Häuser, S. 103; Badde, S. 31 Fn. 82.

130) Ebenso MünchKomm/Mertens, § 826 Rn. 190 b; Zschoche, S. 132.

131) BGH WM 1985, 905 (906).

132) Vgl. dazu BGHZ 89, 383 (389); MünchKomm/Mertens, § 830 Rn. 14; Palandt/Thomas, § 830 Anm. 2 b.

133) BGHZ 70, 277 (284, 285) - Bummelstreik.

Subjektiv genügte, daß der Teilnehmer die Eignung seines Beitrages zur Schädigung erkannt und billigend in Kauf genommen hatte¹³⁴⁾. Eine Willensübereinstimmung oder Verständigung unter den Beteiligten war nicht erforderlich¹³⁵⁾. Wenn man diese Grundsätze schon zugunsten der Zahlstelle dergestalt einschränkt, daß dolus eventualis nicht ausreicht, vielmehr dolus directus im Sinne positiver Kenntnis erforderlich ist, so ist kein Grund ersichtlich, die Zahlstelle durch den völligen und dogmatisch zweifelhaften Ausschluß einer Gehilfenhaftung zusätzlich zu privilegieren.

Festzuhalten bleibt, daß dem Zahlungsempfänger im Falle der Rechtsmißbräuchlichkeit eines Widerspruchs ein ganzes "Sanktionsbündel"¹³⁶⁾ zur Verfügung steht. Er ist somit nicht auf die eventuell uneinbringlichen Forderungen gegen die Konkursmasse, die als Masseforderungen selbst schon bevorrechtigt sind, angewiesen. Außerdem erscheint es nach dem Vorstehenden ohnehin fraglich, ob es nach Konkursöffnung überhaupt noch zu Widersprüchen gegen berechnigte Lastschriften kommt. Damit kann der Konkursverwalter, wie gesehen, nicht nur die von ihm bezweckte

134) BGHZ 42, 118 (123); BGHZ 63, 124 (128); BGHZ 70, 277 (286).

135) BGHZ 70, 277 (285).

136) Sandberger, JZ 1977, 285 (289); Zschoche, S. 145.

Masseerhöhung nicht erreichen¹³⁷⁾, sondern hat im Gegenteil sogar eine persönliche Inanspruchnahme gemäß § 82 KO und § 826 BGB zu befürchten. Der Konkursverwalter wird sich daher hüten, von seinem Widerspruchsrecht mißbräuchlichen Gebrauch zu machen¹³⁸⁾.

- (3) Anspruch wegen Verletzung eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Gleichwohl will ein Teil der Literatur und Rechtsprechung¹³⁹⁾ das erwähnte Sanktionsbündel durch eine Haftung der Zahlstelle aus dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erweitern. Erkenne die Schuldnerbank nämlich die Mißbräuchlichkeit des Widerspruchs oder ignoriere sie existente Anzeichen hierfür, so mache sie sich durch Befolgung des Widerspruchs den Vertragsbruch des Schuldners zunutze¹⁴⁰⁾. Eine derartige Risikoabwälzung auf die Seite des Lastschriftgläubigers sei unangemessen, insbesondere wenn man bedenke, daß die Sorgfaltsanforderungen an die Banken in letzter Zeit gestiegen seien¹⁴¹⁾.

137) Es sei denn, die Summe der Lastschriftbeträge, denen widersprochen wurde, ist größer als die Forderung der Zahlstelle aus dem Debetsaldo. Das ist allerdings unwahrscheinlich, da wirklich große Beträge eher im Wege des Abbuchungsauftragsverfahrens eingezogen werden.

138) Canaris, WM 1980, 354 (363); ebenso Zschoche, S. 143.

139) Canaris, Rn. 563, 618; Philipowski, AcP 179, 295 (297); Holschbach, DB 1977, 1933 (1935); OLG Düsseldorf NJW 1977, 1403; LG Dortmund WM 1985, 886 (887).

140) H.P. Westermann, Festschrift für H. Hübner, S. 697 (712).

141) H.P. Westermann, a.a.O., S. 697 (711).

Dem kann nicht gefolgt werden.

Zwar ist es nicht die in Abschnitt IV Nummer 1 geregelte Binnenwirkung des Lastschriftabkommens, die gegen die Annahme einer Schutzpflicht spricht¹⁴²⁾. Daß ein Abkommen nur Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten begründet, ist keine Besonderheit gerade dieser Vereinbarung, sondern gilt mit Ausnahme von § 328 BGB für jedes Rechtsgeschäft. Wäre die Binnenwirkung wirklich das entscheidende Argument gegen die Anerkennung einer Schutzpflicht, gäbe es niemals einen drittschützenden Vertrag. Jeder Vertrag begründet (unmittelbare) Rechte und Pflichten ohnehin nur zwischen den Vertragspartner, auch ohne daß dies besonders ausgesprochen werden müßte¹⁴³⁾.

Gegen die Schutzpflichtlösung spricht aber folgendes:

Zum einen ist es zweifelhaft, ob die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erfüllt sind. Insbesondere das Merkmal der Fürsorge- und Obhutspflicht des Gläubigers gegenüber dem Dritten¹⁴⁴⁾ dürfte in dem auf Massenhaftigkeit und Typisierung angelegten Verhältnis zwischen Inkassostelle und Zah-

142) So aber Hadding, Festschrift für W. Werner, S. 165 (194); Bauer WM 1981, 1186 (1187); Buchal, Die Sparkasse 1978, 24 (26).

143) I.E. ebenso BGH NJW 1977, 1916 (1917); OLG Düsseldorf NJW 1977, 1403 (1404).

144) BGH NJW 1969, 269 (271); BGH NJW 1977, 2208 (2209); Larenz, Schuldrecht I, § 17 II; Palandt/Heinrichs, § 328 Anm. 2 b.

lungsempfänger nicht gegeben sein¹⁴⁵⁾. Zwar mißt der BGH diesem Kriterium in seiner jüngsten Rechtsprechung allenfalls noch Indizwirkung bei¹⁴⁶⁾. Diese Rechtsprechung ist aber jedenfalls für den Bereich des Lastschriftverkehrs bedenklich. Da auch das Merkmal der Leistungsnähe kaum zu bejahen ist¹⁴⁷⁾, würde der bisherige Anwendungsbereich des Vertrages mit mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in jeder Hinsicht verlassen¹⁴⁸⁾. Bezeichnenderweise hat es der BGH bisher auch ausdrücklich abgelehnt, eine Schutzpflicht zur Zurückweisung mißbräuchlicher Widersprüche anzunehmen¹⁴⁹⁾.

145) Bauer, WM 1981, 1186 (1195); Hadding, WM 1978, 1366 (1374 mit Fn. 46); kritisch auch Denck, ZHR 144, 171 (188); Buchal, Die Sparkasse 1978, 24 (26); Badde, S. 34 f., 39, 62 f., 80, 169 ff.; Hadding/Häuser, S. 101; Hellner, ZHR 145, 109 (120).

146) BGH WM 1985, 1245; BGH JA 1985, 224; BGH WM 1984, 34; vgl. auch Bork, JA 1986, 121 (128).

147) Der Gläubiger kommt weder mit der Leistung der Zahlstelle noch mit der Leistung der Inkassostelle im Verhältnis der beiden Kreditinstitute untereinander in Kontakt; vgl. Hadding, WM 1978, 1366 (1374).

148) Hadding, Festschrift für W. Werner, S. 165 (193); Bauer, WM 1981, 1186 (1195).

149) BGH JR 1979, 329 (331). Dieses Urteil betraf genau das vorliegende Problem einer möglichen Schutzpflicht zur Zurückweisung mißbräuchlicher Widersprüche. Zustimmend Buchal, Die Sparkasse 1979, 147 (148); Denck, ZHR 144, 171 (177); Olzen, JR 1979, 331 f.; Hadding/Häuser, S. 102; Jauernig/Vollkommer, § 328 Anm. III.

Zum anderen, und das ist entscheidend, besteht kein Bedürfnis für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Voraussetzung dieser durch richterliche Rechtsfortbildung entstandenen Konstruktion¹⁵⁰⁾ ist das Fehlen eines ausreichenden Rechtsschutzes auf seiten des Dritten¹⁵¹⁾. Im Falle eines mißbräuchlichen Widerspruchs aber genießt der Gläubiger, wie gesehen, vollen vertraglichen und deliktischen Schutz sowohl der Konkursmasse gegenüber als auch gegenüber dem persönlich haftenden Konkursverwalter. Der rechtliche Schutz des Zahlungsempfängers wird daher hinreichend durch kodifiziertes Recht gewährt¹⁵²⁾. Wer den noch das Lastschriftabkommen als drittbezügliche Vertragsbeziehung interpretieren will, müßte zunächst dartun, daß der vorhandene Schutz nicht ausreicht¹⁵³⁾. Solange ein derartiger Nachweis anhand der Bankpraxis nicht erbracht ist, bedarf es keines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter; einer Konstruktion, die ohnehin äußerst sparsam zur Anwendung kommen sollte, um nicht die Abgrenzung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung zu

150) Vgl. insoweit Larenz, Schuldrecht I, § 17 II; MünchKomm/Gottwald, § 328 Rn. 62.

151) Hadding, WM 1978, 1366 (1373); Jauernig/Vollkommer, § 328 Anm. III 2 b dd.

152) Bauer, WM 1981, 1186 (1191); OLG Düsseldorf WM 1976, 935 (937).

153) So zutreffend Hadding, WM 1978, 1366 (1375); ders., Festschrift für W. Werner, S. 165 (196).

verwischen¹⁵⁴⁾. Die Bank des Zahlungspflichtigen trifft daher keine Schutzpflicht zur Zurückweisung eines mißbräuchlichen Widerspruchs¹⁵⁵⁾. Zwar ist es in gewisser Hinsicht unbefriedigend, wenn es zunächst zur Rückgabe der Lastschrift kommt und der Gläubigerschutz erst einsetzt, wenn der Schaden schon eingetreten ist. Jedoch dürfte dies der einzige Weg sein, den Mißbrauch des Widerspruchsrechts systemgerecht zu berücksichtigen, will man die unbeteiligte Zahlstelle nicht in einen Streit mit dem Kontoinhaber über die Berechtigung des Widerspruchs verwickeln¹⁵⁶⁾.

154) Buchal, Die Sparkasse 1978, 24 (26, 27); Bauer, WM 1981, 1186 (1195); Badde, S. 44 ff.; MünchKomm/Gottwald, § 328 Rn. 67 m.w.N.

155) Im Ergebnis ebenso BGH WM 1979, 689 (690); BGH WM 1979, 828 (829); BGH JR 1979, 329 (331); Hegel, Die Bank 1982, 74 (78); MünchKomm/Mertens, § 826 Rn. 190 Fn. 317; Denck, ZHR 144, 171 (188) Sandberger, JZ 1977, 285 (290); Fallscheer/Schlegel, S. 25, 26; Bauer, WM 1981, 1186 (1196); Lüke/Philippi, JuS 1978, 304 (308); Uhlenbruck, S. 303.

156) Buchal, Die Sparkasse 1979, 351 (352); Bauer, WM 1981, 1186 (1191). Übrigens könnten auch die Anhänger der Schutzpflichtlösung den aufgezeigten Umweg nicht verhindern. Da nämlich die den Zahlungsempfänger begünstigende Schutzpflicht keine Leistungs-, sondern nur eine Sorgfaltspflicht darstellt, kann sie grundsätzlich nicht im Wege einer Unterlassungsklage durchgesetzt werden; vgl. dazu Canaris selbst, Rn. 589, 613, 617; vgl. auch Rn. 618, wo für die Frage nach den Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung allerdings zu Unrecht auf das Fehlen eines Verfügungsgrundes abgestellt wird.

Zu denken wäre allenfalls noch an eine Drittschadensliquidation, wie sie neuerdings von Hadding vorgeschlagen wird¹⁵⁷⁾. Das hätte den Vorteil, daß "nicht mehr oder weniger nahestehende Dritte"¹⁵⁸⁾, sondern nur der mittelbar vertretene Lastschriftgläubiger in das vertragliche Giroverhältnis zwischen den Banken einbezogen würde. Außerdem ergäben sich die Pflichten der Beteiligten aus dem Inhalt des jeweiligen Girovertrages, brauchten mithin nicht erst im nachhinein "vergleichsweise beliebig"¹⁵⁹⁾ richterlich festgestellt zu werden. Genau darin liegt aber auch die Schwäche dieses Vorschlags. Zu erfassen sind nur die Fälle, in denen anhand des Girovertrages ein pflichtwidriges und schadensstiftendes Verhalten ermittelt werden kann. Gibt das Giroverhältnis darauf aber keine Antwort, hilft auch die "Drittschadensliquidation" nicht weiter. So liegt es hier. Ob die Zahlstelle pflichtwidrig handelt, wenn sie als mißbräuchlich erkannte Widersprüche weiterleitet, ist gerade die Frage. Insoweit läßt sich weder dem Girovertrag Zahl-/Inkassostelle noch dem Lastschriftabkommen etwas entnehmen. Wenn aber bei der erste Inkassostelle, abgesehen von dem Eintritt eines Schadens, schon die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gegen die Zahlstelle nicht gegeben sind, so ist die Bank des Gläubigers auch nicht berechtigt, dessen Schaden zu liquidieren.

157) Festschrift für W. Werner, S. 165
(177 ff., 195 ff.

158) Hadding, a.a.O., S. 165 (196).

159) Hadding, a.a.O., S. 165 (197).

d) Bereicherungsanspruch gegen die
Konkursmasse

Neben den erwähnten Schadensersatzansprüchen besteht für den Zahlungsempfänger letztlich noch die Möglichkeit der Kondiktion. Macht der Konkursverwalter nämlich die mit Lastschrifteinlösung definitiv gewordene Vermögensverschiebung mittels eines unzulässigen Widerspruchs wieder rückgängig, so bewirkt er eine "nach den Wertungen der Rechtsordnung letztlich nicht gerechtfertigte Vermögensvermehrung"¹⁶⁰⁾.

Was die Art der Kondiktion betrifft, so handelt es sich um eine Eingriffskondiktion i.S.d. § 812 I 1 2. Fall BGB. Der Gläubiger hatte ungeachtet der rechtstechnischen Einwirkungsmöglichkeit des Zahlungspflichtigen mit der vorbehaltlosen Gutschrift eine Rechtsstellung erworben, die ihm auf den unberechtigten Widerspruch hin einseitig - d.h. durch Eingriff - entzogen wird. Die von Zschoche¹⁶¹⁾ vertretene Auffassung, wonach eine Leistungskondiktion näher liege, weil der Zahlungsempfänger seiner Bank in Ziff. 9 der Inkassovereinbarung bewußt die Rückbelastung gestattet habe, erscheint ebenfalls vertretbar. Jedoch paßt der Gedanke des Eingriffs, also des unbefugten Handelns, systematisch besser zu den Wertungen, die der unberechtigte Widerspruch sonst nach sich zieht, wie z.B. Rechtsmißbrauch, Vertragsverletzung, unerlaubte Handlung gemäß § 826 BGB. Im Ergebnis jeden-

160) Larenz, Schuldrecht II, § 68, vor I;
Zschoche, S. 130.

161) S. 136.

falls steht dem Zahlungsempfänger bei mißbräuchlicher Ausnutzung des Widerspruchsrechts ein Rückforderungsanspruch zu, der sich als Masseforderung i.S.d. § 59 I Nr. 4 KO gegen die Konkursmasse richtet.¹⁶²⁾

3. Anfechtbarkeit der Erfüllung,
§ 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO

In dem Problemkreis "Lastschrift einlösung vor Konkurseröffnung" stellt sich abschließend die Frage, ob der Valutagläubiger wegen seiner im Lastschriftwege erhaltenen Forderungserfüllung einer Konkursanfechtung ausgesetzt ist. Als Anfechtungsgrund kommt vor Zahlungseinstellung § 30 Nr. 2 KO, nach Zahlungseinstellung zusätzlich § 30 Nr. 1 2. Halbs. KO in Betracht. Ein Anfechtungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger ist danach begründet, wenn ihm als Konkursgläubiger Befriedigung, und zwar vor Zahlungseinstellung in inkongruenter Weise, gewährt worden ist.

Befriedigung hinsichtlich seiner Forderung erlangt der Zahlungsempfänger, der Konkursgläubiger i.S.d. § 3 I KO ist, durch Einlösung der Lastschrift seitens der Zahlstelle¹⁶³⁾. Dies ist ein Handeln, das Rechtswirkungen auslöst, also eine Rechtshandlung¹⁶⁴⁾. Zur Frage der Inkongruenz der Befriedigung ist an die Ausführungen im 1. Kapitel anzuknüpfen. Da die im Wege des

162) Ebenso Hegel, Die Bank 1982, 74 (78); Fallscheer/Schlegel, S. 27; Canaris, Rn. 666; ders., WM 1980, 354 (363).

163) Canaris, ZIP 1980, 516 (517).

164) K/U, § 29 Rn. 6.

Lastschriftinzugs erhaltene Deckung nicht durch Leistung an Erfüllung Statt eintritt, sondern wegen der vorherigen Lastschriftabrede zwischen den Parteien die geschuldete Leistung i.S.d. § 362 I BGB darstellt, hatte der Empfänger den Lastschriftbetrag in dieser Art zu beanspruchen. Soweit er ihn vor Zahlungseinstellung erhält, ist der Empfang demnach konkursfest.

Dagegen muß der Gläubiger die nach Zahlungseinstellung erhaltene Lastschriftsumme auf die Anfechtung des Konkursverwalters hin abführen. Insoweit findet § 30 Nr. 1 2. Halbs. KO Anwendung, vorausgesetzt der Gläubiger war bei Einlösung bösgläubig¹⁶⁵⁾

165) Canaris, Rn. 664; vgl. auch BGH ZIP 1980, 425 (427), wo es allerdings wegen der Einlösungsfiktion von Nr. 9 c der Geschäftsordnung der Abrechnungsstelle der dortigen Landeszentralbank um eine Einlösung vor Zahlungseinstellung ging. Ebenso Canaris, ZIP 1980, 516 (518); kritisch insoweit Böhle-Stamschräder/Kilger, § 30 Anm. 14. Ebenso Obermüller, Rn. 464 mit Fn.420; Gregor, S. 251; vgl. auch RGZ 81, 144 f. für die insoweit gleichgelagerte Problematik bei einem Zahlungsauftrag; Canaris, WM 1980, 354 (363).

IV. Ergebnis zu A: Einlösung der Last-
schrift vor Konkurs-
eröffnung

Die Bank des Zahlungspflichtigen hat keinen Grund zur Besorgnis. Soweit sie die Lastschriften vor Konkurseröffnung einlöst, wozu sie grundsätzlich verpflichtet ist, hat sie keine Nachteile zu befürchten. Weder bei der Einlösung noch bei späteren Widersprüchen im Einzugsermächtigungsverfahren greifen Aufrechnungsverbote oder konkursrechtliche Anfechtungstatbestände ein.

Ähnlich unbedenklich ist die Rechtslage für den Lastschriftgläubiger nur vor Zahlungseinstellung. Dagegen muß er bei Lastschriften, die nach Zahlungseinstellung eingelöst werden, mit einer Anfechtung seitens des Konkursverwalters mit der Folge der Rückgewähr des Lastschriftbetrages rechnen. Außerdem ist er dem im Deckungsverhältnis unbeschränkten Widerspruchsrecht des Konkursverwalters ausgesetzt, das für ihn zum Verlust der Forderungserfüllung führen kann. Einen dadurch entstehenden Schaden kann er jedoch bei der Masse und dem Konkursverwalter persönlich liquidieren.

B Einlösung der Lastschrift nach Konkurs-
eröffnung

I. Verpflichtung zur Einlösung

Wie im 1. Teil der Arbeit ausgeführt, kommt es infolge der Konkurseröffnung über das Vermögen des Bankkunden zum Erlöschen des Girovertrages gemäß § 23 II KO.

1. Grundsatz: Keine Verpflichtung,
§ 23 II KO

Das bedeutet, daß die Zahlstelle die bei ihr eingereichten Lastschriften grundsätzlich nicht mehr einzulösen braucht, weil sich eine Einlösungspflicht nur aus einem wirksamen Girovertrag ableiten läßt.

2. Ausnahme: § 23 I 2 KO i.V.m.
§ 672 S. 2 BGB

Einzigste Ausnahme ist ebenso wie im Überweisungsverkehr § 23 I 2 KO i.V.m. § 672 S. 2 BGB. Grundsätzlich aber darf die Zahlstelle die Einlösung der Lastschriften unter Berufung auf den Wegfall des Bankvertrages ablehnen und diese als "unanbringlich" i.S.d. Abschnitt II Nr. 1 Lit. a) des Lastschriftabkommens an die erste Inkassostelle zurückgeben.¹⁾

1) Gregor, S. 251; Reyher/Terpitz, S. 91.

Die Schuldnerbank kann sich aber nur dann in dem eben beschriebenen Sinne verhalten, wenn ihr der Konkurs des Kontoinhabers bekannt ist. Andernfalls wird sie die Lastschriften einlösen, weil damit nach ihrer Vorstellung, zumindest bei einem Guthabenkonto, keine Nachteile verbunden sind. Aber auch bei Kenntnis von der Konkurseröffnung kann es versehentlich zu einer Lastschrifteinlösung kommen. In diesem Fall fragt sich, welche Auswirkungen diese nach Konkurseröffnung vorgenommene Einlösung auf die betroffenen Rechtsverhältnisse hat. Ganz ähnlich wie im Recht der Überweisung zählen zu den Rechtsverhältnissen i.d.S. nicht nur das Valuta- und das Deckungsverhältnis, sondern auch das Zuwendungsverhältnis Zahlstelle - Zahlungsempfänger.

II. Rechtsfolgen der nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich eingelösten Lastschrift im Deckungsverhältnis Schuldnerbank - Zahlungspflichtiger

1. Einlösung in Unkenntnis der Konkurseröffnung

a) Konto im Soll

Zugunsten einer Zahlstelle, die Lastschriften nach Konkursbeginn in Unkenntnis dieser Tatsache einlöst, greifen die Schutzvorschriften der §§ 23 I 2 KO, 674 BGB ein²⁾. Danach gilt der Girovertrag als fortbestehend, bis die Bank von seinem Erlöschen Kenntnis erlangt oder erlangt haben mußte.

2) Uhlenbruck, S. 305; Obermüller, Rn. 476; Canaris, Rn. 660.

Hieran knüpft § 27 Fall 2 KO die Rechtsfolge, daß das Kreditinstitut mit seinem Ersatzanspruch aus § 670 BGB einfache Konkursgläubigerin ist³⁾.

b) Konto im Guthaben

Wies das Konto ausnahmsweise ein Guthaben auf, so wird die Bank durch § 8 II, III KO geschützt. Sie kann daher mit ihrem gemäß §§ 23 I 2 KO, 674 BGB entstehenden Aufwendungsersatzanspruch gegen das Guthaben verrechnen⁴⁾. Maßgeblicher Zeitpunkt, bis zu dem die Zahlstelle gutgläubig sein muß, ist der Zeitpunkt der Leistung, also derjenige der Einlösung⁵⁾.

2. Einlösung in Kenntnis der Konkurs-
eröffnung

Löst die Zahlstelle die bei ihr eingereichten Lastschriften trotz Kenntnis von der Konkurseröffnung ein - was wohl nur auf einem Versehen beruhen kann -, erübrigt sich eine Unterscheidung nach Guthaben- und Sollkonto. Mangels eines fiktiven Bankvertrages besteht keine Grundlage für einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 670 BGB.

3) Fallscheer/Schlegel, S. 42; Reyher/Terpitz, S. 91; Hadding/Häuser, S. 113; Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (94).

4) Obermüller, Rn. 475; K/U, § 8 Rn. 6; Fallscheer/Schlegel, S. 42; Hadding/Häuser, S. 114; Uhlenbruck, S. 305; Canaris, Rn. 660 i.V.m. Rn. 502; Reyher/Terpitz, S. 91.

5) Obermüller, Rn. 477.

Die Zahlstelle muß die Belastung rückgängig machen⁶⁾.

3. Besonderheiten im Einzugsermächtigungsverfahren nach Einlegung eines Widerspruchs

Die Besonderheiten des Einzugsermächtigungsverfahrens bei Lastschrifteinlösung vor Konkurseröffnung gelten bei Einlösung nach Konkurseröffnung nur zum Teil. Zwar muß die Zahlstelle auch hier mißbräuchliche Widersprüche des Konkursverwalters grundsätzlich beachten und der Konkursmasse die entsprechenden Lastschriftbeträge zurückvergüten. Gegen diesen Vergütungsanspruch aber kann die Bank nicht mehr mit ihrer regelmäßig bestehenden Forderung aus Debet aufrechnen, denn nun greift das Verbot des § 55 S. 1 Nr. 1 KO ein: Das Kreditinstitut hat vor Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben und ist nach Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden. Auch der Rückgriff auf § 54 I KO führt nicht weiter. Der (aufschiebend bedingte) Erstattungsanspruch der Konkursmasse ist mit Lastschrifteinlösung, also nach Konkurseröffnung, entstanden⁷⁾. Die Zahlstelle muß daher die entsprechenden Lastschriftbeträge an den Konkursverwalter auszahlen⁸⁾.

Insofern gewinnt der im Valutaverhältnis mißbräuchliche Widerspruch für den Konkurs-

6) Obermüller, Rn. 472.

7) OLG Bremen ZIP 1980, 358 (359).

8) Ebenso Uhlenbruck, S. 305.

verwalter wieder an Attraktivität, denn im Gegensatz zur Rechtslage bei Einlösung vor Konkurseröffnung kann er hier die mit dem Widerspruch bezweckte Massevermehrung tatsächlich erreichen. Wegen des nach wie vor bestehenden Sanktionsbündels und der davon ausgehenden Präventionswirkung⁹⁾ ist aber auch dieser Fall in der Praxis recht unwahrscheinlich.

III. Rechtsfolgen der nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich eingelösten Lastschrift im Valutaverhältnis Zahlungspflichtiger - Zahlungsempfänger

1. Keine Erfüllung

Ebenso wie im Überweisungsverkehr kann der Zahlungsempfänger die nach Konkurseröffnung erhaltenen Beträge nicht behalten, weil sie wegen § 15 KO nicht zur Tilgung seiner Valutaforderung führen können¹⁰⁾. Der Gläubiger ist somit zur Rückgewähr der entsprechenden Lastschriftbeträge verpflichtet. Fraglich ist nur, gegenüber wem.

2. Bereicherungsausgleich im Valutaverhältnis?

a) § 8 KO greift ein

Wird die einlösende Bank durch § 8 II, III KO geschützt, findet der Bereicherungsaus-

9) Canaris, WM 1980, 354 (363).

10) Im Ergebnis ebenso Canaris, Rn. 663; ders., Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (98); Uhlenbruck, S. 305; Fallscheer/Schlegel, S. 42; Jaeger/Henckel, § 8 Rn. 34; Heile, S. 127.

gleich im Valutaverhältnis statt. Anspruchsinhaber ist die Konkursmasse¹¹⁾.
Anspruchsgrundlage ist nach der im 1. Teil der Arbeit entwickelten Auffassung § 812 I 1 1. Fall BGB, Leistungskondiktion. Das ergibt sich aus folgendem: Wegen der Fiktion des Fortbestandes des Girovertrages gemäß § 23 I 2 KO i.V.m. § 674 BGB muß auch die Lastschriftermächtigung des Kontoinhabers an den Zahlungsempfänger als wirksam angesehen werden¹²⁾, denn es wäre unsinnig, die Quelle des Weisungsrechts, also den Bankvertrag, zugunsten der Zahlstelle zu fingieren, der Bank aber zugleich das Recht und die Pflicht abzusprechen, den Weisungen entsprechend zu handeln, also Lastschriften einzulösen. Die Wirksamkeit der Lastschriftermächtigung hat zur Folge, daß die vom Zahlungsempfänger initiierte Buchgeldübertragung auf den Lastschriftschuldner zurückführbar und insofern als eine ihm zurechenbare Leistung an den Gläubiger einzustufen ist¹³⁾.

Daran ändert auch Ziff. 44 S. 4 AGB/B nichts, wonach der Zahlungsempfänger die dem Lastschrifteinzug zugrunde liegende Forderung an die erste Inkassostelle abtritt. Zwar könnte man angesichts der Forderungsinhaberschaft der Gläubigerbank erwägen, ob der Zahlungspflichtige statt an seinen Vertragspartner nicht an dessen Bank leistet. Dies ist jedoch abzulehnen, weil der Lastschriftgläubiger die Forderung trotz Abtretung gemäß § 185 I BGB nach wie vor im eigenen Namen geltend macht, wozu er

11) Ebenso Fallscheer/Schlegel, S. 42;
Canaris, Rn. 663; Uhlenbruck, S. 305.

12) Fallscheer/Schlegel, S. 41.

13) BGH NJW 1983, 220 (221).

kraft Vertragsauslegung als ermächtigt anzusehen ist¹⁴⁾. Die Bank ist daher wie bei jedem anderen durch sie vermittelten Zahlungsvorgang Zahlungsmittlerin und nicht selbständige Zahlungsempfängerin. Folglich wird nicht an sie, sondern an den Lastschriftgläubiger geleistet¹⁵⁾. Der Weg zur Leistungskondition seitens der Konkursmasse ist damit eröffnet: Der Gemeinschuldner hat an seinen Valutagläubiger eine durch die Bank(en) vermittelte Leistung erbracht, die wegen § 15 KO ihren Schuldtilgungszweck verfehlte. Jedoch trifft der Bereicherungsanspruch den Empfänger nicht unbillig. Für einen hinreichenden Vertrauensschutz sorgt ebenso wie im Recht der Überweisung § 818 III BGB¹⁶⁾.

b) § 8 KO greift nicht ein

Wenn § 8 KO nicht eingreift, findet kein Bereicherungsausgleich im Valutaverhältnis statt. Ist die Bank bösgläubig, besteht mangels wirksamer Lastschrifttermächtigung keine Leistungsbeziehung zwischen Masse- und Lastschriftgläubiger. Ist die Bank gutgläubig, das Konto aber debitorisch, kann sich die Bank den Lastschriftbetrag, für den mangels Guthabens keine Verrechnungsmöglichkeit besteht, beim Empfänger wiederholen¹⁷⁾.

14) Canaris, ZIP 1980, 516 (517).

15) Canaris, ZIP 1980, 516 (517).

16) Canaris, Rn. 621, 660.

17) Vgl. sogleich die Prüfung unter IV.

IV. Rechtsfolgen der nach Konkursöffnung
gutgläubig oder versehentlich einge-
lösten Lastschrift im Zuwendungsver-
hältnis Schuldnerbank - Zahlungs-
empfänger

1. § 8 KO greift ein

Bei Eingreifen von § 8 KO hat die Bank kei-
nen Ausgleichsanspruch gegen den Empfänger.
Da dieser den Lastschriftbetrag durch Lei-
stung des Gemeinschuldners/Masse erhalten
hat, steht einer Eingriffskondition der
Bank - eine Leistungskondition kommt wegen
der Unanwendbarkeit des § 267 BGB nicht in
Betracht - das Subsidiaritätsprinzip ent-
geht¹⁸⁾.

2. § 8 KO greift nicht ein

a) Bank bösgläubig,
Konto kreditorisch

Ist der Zahlstelle bei Einlösung der Last-
schrift die Eröffnung des Konkursverfahrens
bekannt, so steht ihr ein unmittelbarer Be-
reicherungsanspruch gegen den Lastschrift-
empfänger zu¹⁹⁾, § 812 I 1 2. Fall BGB.
Ausgehend von den Grundsätzen der Anwei-
sungslage ist maßgeblich insoweit die Über-
legung, daß durch die Unwirksamkeit des Gi-
rovertrages gem. § 23 KO und der sich dar-
aus ableitenden Unwirksamkeit der Last-

18) Vgl. S. 57.

19) Im Ergebnis ebenso Canaris, Rn. 660 i.
V.m. Rn. 503; ders., Festschrift-Kon-
kursordnung, S. 73 (97); Uhlenbruck,
S. 305; Hadding/Häuser, S. 114, 115.

schriftermächtigung²⁰⁾ die tatsächliche Zuwendung der Zahlstelle dem Zahlungspflichtigen nicht als eigene Leistung zugechnet werden kann. Folglich ist das entscheidende Kriterium für die Gewährung der Durchgriffskondition erfüllt. Dieses Ergebnis entspricht auch der Interessenlage. Wegen § 15 KO kann das Geld nicht beim Lastschrifteinreicher verbleiben, gebührt andererseits aber auch nicht der Konkursmasse, weil ihr gegenüber die Belastungsbuchung unwirksam ist.

Die teilweise in der Literatur geäußerte Ansicht, wonach sich der Bereicherungsanspruch der Zahlstelle wegen Ziff. 44 S. 4 AGB/B nicht gegen den Gläubiger, sondern gegen dessen Bank richte, der es dann überlassen bleibe, sich bei ihrem Kunden zu "erholen"²¹⁾, ist abzulehnen. Eine derartige Argumentation setzt voraus, die Gläubigerbank zumindest in ihrem Verhältnis zur Schuldnerbank nicht als Zahlstelle, sondern als bereicherungsrechtlich selbständige Empfängerin der Lastschriftbeträge anzusehen²²⁾. Das jedoch ist nicht möglich, denn vorbehaltlos werden die Lastschriften durch die Einlösung, und durch sie wird nicht das Vermögen der Bank, sondern das des Gläubigers vermehrt, weil dadurch sein aufschiebend bedingter Anspruch aus der Gutschrift zum Vollrecht erstarkt. Die Bank ihrerseits erlangt ein herausgabefähiges "Etwas" i.S.d. § 812 BGB erst, wenn sie die Gutschrift mit einem etwaigen Debet ver-

20) Canaris, Rn. 659; Fallscheer/Schlegel, S. 36; K/U, § 23 Rn. 5.

21) Obermüller, Rn. 473; MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 85.

22) So in der Tat MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 85.

rechnet²³⁾. Dieses "Etwas" stammt aber nicht aus dem Vermögen des Schuldners, sondern aus dem des Gläubigers. Es ist daher aus dogmatischer Sicht nicht haltbar, wenn die Bank des Lastschrifteinreichers bereicherungsrechtlich als selbständige Empfängerin einer vom Schuldner ausgehenden Vermögensverschiebung angesehen wird. Folglich ist auch die entsprechende Konstruktion eines eigenen Bereicherungsanspruchs der Zahlstelle gegen die Inkassobank abzulehnen²⁴⁾.

23) Zutreffend Canaris, Rn. 602 a.

24) Ein weiteres Bedenken ergibt sich aus der Formulierung, die Gläubigerbank sei "jedenfalls in ihrem Verhältnis zur Schuldnerbank" als Zahlungsempfängerin anzusehen, vgl. MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 85. Die Wendung "jedenfalls im Verhältnis zur Schuldnerbank" legt den Schluß nahe, die Gläubigerbank sei im Verhältnis zum Schuldner keineswegs als Empfängerin, sondern als Zahlungsmittlerin zu qualifizieren. Daß dies so gemeint ist, zeigt die Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH in WM 1977, 1196 f., in der der BGH zu dem Ergebnis kommt, bereicherungsrechtlich müßten für die Zahlung mittels Lastschrift dieselben Grundsätze gelten wie für die Zahlung durch Überweisung. Folglich handele es sich rechtlich und wirtschaftlich in beiden Fällen um Leistungen des Schuldners und der Schuldnerbank, sogenanntes Prinzip der Simultanleistung. Wer aber mit Lieb, vgl. MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 84, derartig argumentiert, muß alle beteiligten Banken als Leistungsvermittler zwischen Schuldner und Gläubiger betrachten und kann nicht gleichzeitig der Auffassung sein, die Bank des Einreichers sei jedenfalls in ihrem Verhältnis zur Schuldnerbank Zahlungsempfänger.

- b) Bank gutgläubig,
Konto debitorisch

Abschließend stellt sich die Frage, wie sich der Bereicherungsausgleich vollzieht, wenn § 8 KO deswegen nicht eingreift, weil das Konto des Gemeinschuldners bei Einlösung debitorisch ist.

Geht man vom Wortlaut des Gesetzes aus, müßte man der Zahlstelle aufgrund des gemäß § 23 I 2 KO i.V.m. § 674 BGB fortbestehenden Girovertrages einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB zubilligen. Gemäß § 27 KO handelt es sich dabei um eine gewöhnliche Konkursforderung, die in der Praxis wertlos ist²⁵⁾. Ebenso wie im Girovertragsrecht stünde die Zahlstelle damit schlechter als bei Kenntnis von der Konkursöffnung. Dann nämlich hätte sie die Möglichkeit, Regreß beim Zahlungsempfänger zu nehmen. Daß die Schlechterstellung der Bank im Falle ihrer Gutgläubigkeit nicht Sinn der Gutglaubensvorschriften der §§ 23 KO, 674 BGB sein kann, ist evident. Zur Auflösung dieses Widerspruchs bietet sich das schon im Recht der Überweisung gehandhabte Verfahren an: Die Zahlstelle kann auf den Schutz der ausschließlich in ihrem Interesse bestehenden Regelung des § 23 I 2 KO verzichten²⁶⁾ und sich auf den Standpunkt stellen, Girovertrag samt Lastschriftermächtigung seien infolge der Konkursöffnung entfallen, um dann direkt gegen den Lastschriftempfänger im Wege der Durchgriffskondiktion vorgehen zu können.

25) Fallscheer/Schlegel, S. 42.

26) Vgl. insoweit Meyer, S. 137; Meyer-Cording, S. 115; MünchKomm/Lieb, § 812 Rn. 81.

V. Ergebnis zu B: Einlösung der Last-
schrift nach Konkurs-
eröffnung

Erhält eine Zahlstelle Lastschriften derart kurzfristig, daß deren Einlösung in die Phase nach Konkurseröffnung fallen würde, so ergibt sich folgende Rechtslage: Grundsätzlich muß sie solche Zahlungsanweisungen nicht mehr beachten, Ausnahme §§ 23 I 2 KO, 672 S. 2 BGB. Befolgt sie sie dennoch, weil ihr der Konkurs ihres Kunden nicht bekannt ist, so hat sie keine Nachteile zu befürchten. Bei kreditorischem Konto kann sie sich gemäß § 8 II, III KO an die Masse halten - in diesem Fall nimmt der Konkursverwalter Regreß beim Zahlungsempfänger -, bei debitorischem Konto ist sie berechtigt, unmittelbar beim Lastschriftbegünstigten gemäß § 812 I 1 2. Fall BGB zu kondizieren. Aber auch bei versehentlicher Bearbeitung von Lastschriften ist das einlösende Kreditinstitut nicht schutzlos gestellt. Es hat dann die Möglichkeit des Durchgriffs gegen den Valutagläubiger, dessen guter Glaube an die Wirksamkeit der Lastschriftleistung jedenfalls nicht durch die Konkursordnung geschützt wird. Schutz gewährt allein § 818 III BGB²⁷⁾.

27) Ebenso Canaris, Rn. 660 i.V.m. Rn. 503.

C Ergebnis zum 2. Kapitel: Konkurs des Zahlungspflichtigen

Im Konkurs des Zahlungspflichtigen entscheidet der Zeitpunkt der Einlösung der Lastschrift. Bei vorkonkurslicher Einlösung bestimmt sich die Position des Zahlungsempfängers nach §§ 362 I, 362 II, 185 I BGB; Die Valutaforderung erlischt. Allerdings muß er mit einer Anfechtung durch den Konkursverwalter rechnen, falls ihm bei Einlösung der Lastschrift die Krise seines Schuldners bekannt war¹⁾. Bei nachkurslicher Einlösung darf der Gläubiger das Geld in keinem Fall behalten. Er muß es entweder an die Zahlstelle oder den Konkursverwalter herausgeben. Dieser kann ihm zusätzlich noch den zu Recht erhaltenen Lastschriftbetrag nachträglich wieder entziehen, falls es im Einzugsermächtigungsverfahren zum Widerspruch kommt. Allerdings erhält der Zahlungsempfänger dann als Ausgleich ein ganzes Bündel von Sanktionsansprüchen.

Die Position der Bank des Gemeinschuldners ist in der Regel besser. Vor Konkurseröffnung greifen bei der Verrechnung zwischen Belastung und Guthaben weder Aufrechnungsverbote noch konkursrechtliche Anfechtungstatbestände ein. Nach Konkurseröffnung handelt sie entweder gar nicht, § 23 II KO, oder hält sich, falls sie die Lastschrift doch einlösen sollte, entweder an die Konkursmasse oder den Zahlungsempfänger. Bei der widerspruchsbedingten Rückabwicklung im Einzugsermächtigungsverfahren entstehen ihr ebenfalls keine Nachteile.

1) Die Anfechtung der vor der Krise erhaltenen Befriedigung scheitert an der Kongruenz derselben.

3. Kapitel: Konkurs des Zahlungsempfängers

A Einreichung der Lastschrift vor Konkursöffnung

I. Verpflichtung zur vorbehaltlichen Gutschrift

Reicht der Zahlungsempfänger seiner Bank Lastschriften zum Einzug ein, bevor oder nachdem er seine Zahlungen eingestellt hat, so ist die Bank aufgrund des durch die Inkassovereinbarung erweiterten Girovertrages verpflichtet, dieser Weisung nachzukommen, indem sie ihrem Kunden die Lastschriftbeträge unter Vorbehalt gutbringt und unverzüglich für ihre ordnungsgemäße Einziehung sorgt¹⁾, Ziff. 7 der Inkassovereinbarung.

1. Warnpflicht

Ist der Inkassostelle bekannt, daß der Einreicher sich in ernststen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, so stellt sich

1) Obermüller, Rn. 494, 506, 510; Engel, S. 29 m.w.N. in Fn. 12. Die girovertragliche Inkassopflicht umfaßt übrigens nicht die Pflicht zur Einlösung der Lastschrift. Es entspricht nicht den Vorstellungen der Beteiligten, die Rechtsstellung des Gläubigers im Lastschriftverfahren gegenüber derjenigen im Überweisungsverkehr durch das Gewähren eines eigenen Einlösungsanspruchs entscheidend zu verbessern. Ein derartiger Anspruch steht zwar dem Schuldner zu, doch dies nützt dem Gläubiger nichts, weil die Vertragsbeziehung Schuldner - Zahlstelle ebensowenig wie bei der Überweisung unmittelbar drittbegünstigenden Charakter i.S.d. § 328 BGB hat; vgl. dazu Canaris, Rn. 567 i.V.m. Rn. 398.

die Frage, ob die Bank die Lastschriften anhalten und den Schuldner vor den möglichen Gefahren des Lastschrifteinzugs warnen muß.

2. Stellungnahme

Gegen die Anerkennung einer Warnpflicht bestehen dieselben Einwände wie im Überweisungsverkehr²⁾. Handelt es sich um ein außerbetriebliches Inkasso, gibt es außer § 826 BGB keine geeignete Konstruktion dafür, daß die vertraglich nicht mit dem Schuldner verbundene Gläubigerbank diesen auf die Gefahren der Zahlung an eine insolvente Person hinweisen muß. Zwar hat der BGH dem Lastschriftabkommen - nur dieses kommt hier in Betracht - zum Teil drittbegünstigende Schutzwirkung zuerkannt³⁾. Doch abgesehen davon, daß es dort um Schutzpflichten zugunsten des Gläubigers ging, ist diese Rechtsprechung selbst grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt, weil die Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, wie Fürsorgebeziehung und Überschaubarkeit des Personenkreises, in dem auf Massenhaftigkeit und Typisierung angelegten Lastschriftverkehr nicht zu bejahen sind⁴⁾.

Außerdem, und das gilt in gleicher Weise für das innerbetriebliche Inkasso, ist es sachlich nicht gerechtfertigt, die Gläubi-

2) Zur Vergleichbarkeit der Rechtslage ebenso Obermüller, Rn. 496; ders., ZIP 1980, 1045 (1049).

3) Vgl. BGH WM 1977, 1042.

4) Ähnlich auch Obermüller, Rn. 495.

gerbank mit Hinweis- und Informationspflichten zu belegen, nur um den Schuldner vor dem Risiko zu bewahren, mit seinen Gegen- bzw. Rückzahlungsansprüchen (teilweise) auszufallen. Da er dieses Ausfallrisiko bei Barzahlung zu tragen hätte, muß er es auch im Lastschriftverkehr tragen. Der Umstand, daß leistungsvermittelnde Kreditinstitute eingeschaltet werden, macht wertungsmäßig keinen Unterschied und kann die Rechtsstellung des Zahlungspflichtigen nicht derart aufwerten.

Die Empfängerbank ist daher zum Inkasso verpflichtet⁵⁾ und muß ihrem Kunden gemäß Ziff. 7 der Inkassovereinbarung die Lastschriftbeträge unter Vorbehalt gutschreiben. Kommt es daran anschließend zur Einlösung der Lastschrift, sei es vor, sei es nach Konkurseröffnung, ergibt sich folgende Rechtslage:

II. Rechtsfolgen der vor oder nach Konkurseröffnung eingelösten Lastschrift bei vor Konkurseröffnung erteilter Vorbehaltsgutschrift im Inkassoverhältnis Gläubigerbank - Zahlungsempfänger

1. Entstehen eines Anspruchs aus Gutschrift gemäß § 780 BGB zugunsten des Zahlungsempfängers

Wird die im Vorstadium der Insolvenz er-

5) Eine Ausnahme besteht ebenso wie im Überweisungsverkehr für den Fall, daß die Bank die irreparable Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers positiv kennt und überdies weiß, daß eine Weiterleitung und Einlösung der Lastschrift ersichtlich nur zu einer Schädigung des Gläubigers führen kann.

teilte Gutschrift durch die spätere Einlösung endgültig, erstarkt der bisher aufschiebend bedingte Anspruch aus der Gutschrift zum Vollrecht, weil, wie bereits mehrfach erwähnt, mit der Einlösung die aufschiebende Bedingung eintritt⁶⁾.

Der Zahlungsempfänger erwirbt damit einen Anspruch aus abstraktem Schuldversprechen gemäß § 780 BGB, und zwar selbst dann, wenn die Lastschrift erst nach Konkurseröffnung eingelöst wird. Aus § 1 I KO läßt sich nämlich der Grundsatz entnehmen, daß für den Umfang der Konkursmasse danach zu fragen ist, ob der Gegenstand den Gläubigern des Gemeinschuldners schon im Zeitpunkt der Konkurseröffnung als Haftungsvermögen zur Verfügung stand⁷⁾. Genau dies trifft in der vorliegenden Konstellation zu, denn der Gläubiger (= spätere Gemeinschuldner) hatte bereits mit der provisorischen Gutschrift auf seinem Girokonto, also vor Konkursbeginn, einen wenn auch nur bedingten Zahlungsanspruch gegen seine Bank aus abstraktem Schuldversprechen. Daß die Bedingung erst nach Konkurseröffnung eintritt, mithin zu einem Zeitpunkt, in dem der Girovertrag nicht mehr besteht, ist demgegenüber irrelevant, zumal der Fortfall des schuldrechtlichen Girovertrages nach der hier vertretenen Ansicht ohnehin keinen

6) A.A. für das Einzugsermächtigungsverfahren Obermüller, Rn. 498, der nicht auf die Einlösung, sondern auf den Verlust des Widerspruchsrechts abstellt. Diese Ansicht beruht auf der im 1. Kapite vorgestellten "Genehmigungstheorie" und ist ebenso wie diese abzulehnen.

7) K/U, § 1 Rn. 94; Jaeger/Henckel, § 1 Rn. 123.

Einfluß auf die Wirksamkeit des abstrakten Schuldversprechens hat⁸⁾. Insofern erweist sich der bei Erwerb eines aufschiebend bedingten Rechts anerkannte Grundsatz, daß nicht der Zeitpunkt des Bedingungseintritts, sondern der des Begründungs- oder Entstehungstatbestandes entscheidet⁹⁾, auch im Konkurs als zutreffend. Der Zahlungsempfänger erwirbt daher auch bei Einlösung nach Konkurseröffnung einen Anspruch aus

8) Bedenklich daher Hadding/Häuser, S. 120 und K/U, § 30 Rn. 42 f.; bezeichnenderweise hat Canaris, auf den sich Hadding/Häuser berufen, seine Meinung später auch revidiert; vgl. dazu einerseits Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (87 f.) und andererseits Canaris, Rn. 651. Die hier kritisierte Gegenansicht ist überdies inkonsequent, weil deren Vertreter bei der anschließenden Erörterung des § 30 KO in Übereinstimmung mit Rspr. und Lit. für die Frage nach der maßgeblichen Rechtshandlung auf den Zeitpunkt der Gutschrift, also auf die bedingte Rechtsposition und nicht auf die endgültige Vermögensverschiebung abstellen.

9) Hess/Kropshofer, § 1 Rn. 31; Jaeger/Henckel, § 1 Rn. 129; Böhle-Stamschräcker/Kilger, § 1 Anm. 5 c; Fallscheer/Schlegel, S. 39; BGHZ 10, 69 (73). Selbst Hadding/Häuser, S. 121 und K/U, § 1 Rn. 93 a gestehen dies ein, begründen aber nicht, warum das nur im Rahmen des § 30 KO gelten soll.

Gutschrift gemäß § 780 BGB¹⁰⁾. In diesem Fall wird die Bank ebenso wie im Überweisungsverkehr daran interessiert sein, die Gutschrift mit einem bei Konkurseröffnung regelmäßig bestehenden Debet zu verrechnen.

2. Wirksamkeit der Verrechnung eines
Debetsaldos gegen den Anspruch aus
§ 780 BGB, § 55 KO

Wird die Lastschrift vor Konkurseröffnung eingelöst, lassen sich aus § 55 KO keine Einwände gegen die Zulässigkeit der kontokorrentmäßigen Verrechnung ableiten. Die Tilgung zweier Forderungen nämlich, die sich schon vor Konkurseröffnung aufrechen-

10) Ebenso Canaris, Rn. 651; Jaeger/Henckel, § 1 Rn. 43; Uhlenbruck, S. 304; Obermüller, Rn. 500, 502; Reyher/Sperl, S. 71; Reyher/Terpitz, S. 90; Fallscheer/Schlegel, S. 39. Technisch wird man sich den Ablauf so vorzustellen haben, daß diejenigen Vorbehaltsgutschriften, für die bei Konkurseröffnung keine Deckung eingegangen ist, vorerst von der bei Konkurseröffnung vorzunehmenden Schlußabrechnung auszunehmen sind. Geht für diese nach Konkurseröffnung Deckung ein, so kann der Konkursverwalter den jetzt zum Vollrecht erstarkten Gutschriftanspruch geltend machen. Entgegen Fallscheer/Schlegel, S. 38, und Gregor, S. 253, bedarf es dazu keiner nachwirkenden Girovertragspflicht seitens der Gläubigerbank. Der Konkursverwalter beansprucht rechtlich gesehen nur das, was schon dem Zahlungsempfänger vor Konkurseröffnung gebührte, und zu diesem Zeitpunkt existierte der Girovertrag noch. Die von Fallscheer/Schlegel, S. 38 Fn. 174, zum Vergleich herangezogene Rechtslage bei nachträglich eingegangenen Überweisungen ist nicht vergleichbar. Der Überweisungsbegünstigte hat im Gegensatz zum Lastschriftgläubiger vor Deckungseingang und Konkurseröffnung gerade keinen Anspruch gegen sein Kreditinstitut.

bar gegenüberstanden, wird in § 55 S. 1 Nr. 3 KO geregelt. Dort wird aber der umgekehrte Fall vorausgesetzt, daß vor Konkursbeginn zunächst der Gemeinschuldner eine Forderung besitzt und sodann der Aufrechnende eine Forderung erwirbt. Hier dagegen hat die aufrechnende Bank vor der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung gegen den Gemeinschuldner, bevor dieser durch die Lastschrift einlösung einen verrechenbaren Gegenganspruch erwirbt¹¹⁾.

Wird die Lastschrift nach Konkurseröffnung eingelöst, erwirbt der Zahlungsempfänger auch erst nach Konkurseröffnung einen Gutschriftanspruch gemäß § 780 BGB, so daß man hier an eine Anwendung des § 55 S. 1 Nr. 1 KO denken könnte. Aber obwohl der Wortlaut zu passen scheint, greift das erwähnte Aufrechnungsverbot nicht ein. Gemäß § 54 I KO ist es nämlich so anzusehen, als hätte die Aufrechnungslage schon mit Entstehen des bedingten Zahlungsanspruchs existiert, hier also vor Konkurseröffnung. Und gegen die Tilgung zweier Forderungen bei vor Konkurseröffnung entstandener Aufrechnungslage bietet § 55 S. 1 KO nur in Nr. 3 eine Handhabe, dessen Voraussetzungen aber, wie gesehen, nicht vorliegen. Die erste Inkassostelle kann daher die vor Konkurseröffnung gemäß Ziff. 7 der Inkassovereinbarung vorbehaltlich gutgeschriebenen Lastschriftbeträge auch dann zur Aufrechnung mit ihrer Forderung aus Debet verwenden,

11) Obermüller, Rn. 502, 506, 510; Fallscheer/Schlegel, S. 39; Hadding/Häuser, S. 120; Canaris, Rn. 653; ders., Festschrift-Konkurseröffnung, S. 73 (88). Vgl. auch BGH WM 1971, 908 (909).

wenn die Einlösung erst nach Konkurseröffnung stattfindet¹²⁾.

3. Anfechtbarkeit der Verrechnung,
§ 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO

a) Anwendbarkeit des § 30 KO

Auch soweit die Konkursaufrechnung zulässig ist, kann die Bank den Vorteil ebenso wie

12) Ebenso Obermüller, Rn. 502; Gregor, S. 253; Pohl, S. 106; Reyher/Terpitz, S. 90; Fallscheer/Schlegel, S. 39; Canaris, R. 652; anders noch in Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (87), allerdings im Widerspruch zur vergleichbaren Rechtslage beim Scheckinkasso, S. 73 (80). Die Vorschrift des § 54 I KO bestätigt übrigens die hier vertretene Auffassung, wonach der Zahlungsempfänger auch bei Einlösung nach Konkurseröffnung einen Anspruch aus Gutschrift gemäß § 780 BGB erwirbt, obwohl er zur Zeit der Konkurseröffnung noch keinen echten Zahlungsanspruch, sondern nur eine aufschiebend bedingte Forderung innehatte. Dadurch nämlich, daß die Konkursordnung einem Konkursgläubiger ermöglicht, gegen Forderungen aufzurechnen, welche bei Konkurseröffnung lediglich aufschiebend bedingt entstanden waren, gibt sie zu erkennen, daß diese Forderungen mit Bedingungseintritt in die Konkursmasse gefallen sind. Andernfalls würde eine Aufrechnung gegen bei Konkurseröffnung nur bedingt entstandene Ansprüche nie möglich sein und § 54 I KO leerlaufen. Zweifelhaft daher Hadding/Häuser, S. 120 und K/U, § 30 Rn. 42 f.

bei der Giroüberweisung unter Umständen wieder im Wege der Konkursanfechtung gemäß § 30 KO verlieren¹³⁾.

Wie bereits im 1. Teil dargelegt, stehen die Vorschriften der §§ 55 und 30 KO selbständig nebeneinander. Aus dem Nichteingreifen eines Aufrechnungsverbots kann daher nicht die Konkursbeständigkeit der entsprechenden Aufrechnung abgeleitet werden¹⁴⁾. § 30 KO ist somit anwendbar.

Folglich muß sich die Verrechnung des Gegenwertes von Lastschriften, die vor Konkursöffnung eingereicht werden, an § 30 KO messen lassen¹⁵⁾.

- b) Tatbestandliche Prüfung des
§ 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO

aa) Rechtshandlung

Die Beantwortung der Frage, welches die maßgebliche Rechtshandlung i.S.d. § 30 KO ist, hängt davon ab, ob Ziff. 44 S. 4 AGB/B zur Anwendung kommt, ob also die Valutaforderung des Zahlungsempfängers sicherungs-

13) BGH ZIP 1983, 1056 (1057); Hadding/Häuser, S. 121; Canaris, Rn. 653; Gregor, S. 253; Fallscheer/Schlegel, S. 39.

14) Aden, S. 83 f.; Merz, Anm. zu BGH LM Nr. 42 zu § 30 KO. Vgl. neuerdings auch KG KTS 1983, 447 (448); OLG Koblenz WM 1984, 543 (544).

15) Entgegen Obermüller, Rn. 506, hat der BGH diese zunächst für die Behandlung von Überweisungseingängen entwickelte Rechtsprechung auch beim Lastschriftinkasso angewandt; vgl. insoweit BGH WM 1978, 133 f.

halber auf die erste Inkassostelle übergeht.

- (1) Ziff. 44 S. 4 AGB/B kommt nicht zur Anwendung¹⁶⁾

Da es vorliegend um die Anfechtbarkeit einer Befriedigung geht, die im Wege der Verrechnung eintritt, liegt es nahe, in eben dieser Lastschrifteinlösung die anfechtbare Rechtshandlung zu sehen. Das kann jedoch aus zwei Gründen nicht richtig sein:

Zum einen ist trotz Fehlens einer § 54 I KO entsprechenden Schutzvorschrift auch für die Konkursanfechtung der im Rahmen der Konkursaufrechnung erwähnte Grundsatz zu respektieren, daß bei bedingten Rechtslagen der rechtsgeschäftliche Entstehungsstatbestand und nicht erst der Zeitpunkt des Bedingungseintritts den Ausschlag gibt¹⁷⁾. Es wäre nämlich inkonsequent, bei § 55 KO die Aufrechnungslage dem Grunde nach schon mit der Erteilung der bedingten Gutschrift als entstanden anzusehen, bei § 30 KO hingegen die Wirkung der Aufrechnung erst zu einem viel späteren Zeitpunkt eintreten zu lassen. Dadurch würde der der Bank im Rahmen des § 55 KO durch das Abstellen auf einen früheren Zeitpunkt gewährte Schutz sogleich wieder eingeschränkt oder zunichte

16) Der Grund dafür kann beispielsweise ein Abtretungsverbot des Zahlungspflichtigen gemäß § 399 BGB sein.

17) Canaris, Rn. 653; ders., Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (88); Fallscheer/Schlegel, S. 39; Reyher/Terpitz, S. 90; Gregor, S. 253 mit Fn. 3; Obermüller, Rn. 508.

gemacht. Man muß daher ebenso wie im Überweisungsverkehr auf denjenigen Rechtsakt abstellen, der die Grundlage für das Entstehen der Gegenforderung und damit den Auslöser für die Befriedigung der Bank darstellt. Darum läßt sich durchaus sagen, daß schon die bedingte Gutschrift zugunsten des Zahlungsempfängers diejenige Rechtshandlung ist, welche der Bank Befriedigung i.S.d. § 30 KO gewährt¹⁸⁾. Dies gilt um so mehr, als im Rahmen dieser Vorschrift ohnehin wirtschaftliche Gesichtspunkte zählen¹⁹⁾.

Die Maßgeblichkeit der Lastschrifteinlösung ist aber nicht nur aus normativen, sondern auch aus konstruktiv-systematischen Erwägungen heraus abzulehnen. Wird die Lastschrift nämlich nach Konkurseröffnung eingelöst, ist nicht klar, welche Rechtshandlung angefochten werden sollte. Die Einlösung der Lastschrift jedenfalls kann es nicht sein, denn sie ist nach Konkurseröffnung vorgenommen, und nachkonkursliche Rechtshandlungen unterliegen grundsätzlich keiner Anfechtung, §§ 29, 42 KO²⁰⁾. Eine Anfechtung der wirksamen Aufrechnung muß aber möglich sein. Jedes andere Ergebnis widerspräche der Systematik der Konkursordnung, wonach ein Erwerbsakt um so gefährdeter ist, angefochten zu werden, je später er sich vollzieht²¹⁾. Folglich kann nur der Zeitpunkt der provisorischen Gutschrift als maßgebliche Rechtshandlung angesehen werden, denn wirtschaftlich gesehen vollzieht sich die in Frage stehende Aufrech-

18) Ebenso i.E. K/U, § 30 Rn. 42 e.

19) BGH WM 1955, 407 (409); BGH NJW 1978, 1921 (1922); Olzen, JR 1979, 27.

20) BGH WM 1974, 570 (572).

21) V. Usslar, BB 1980, 916 (918).

nung schon und allein durch die vorbehaltliche Gutschrift.

(2) Ziff. 44 S. 4 AGB/B kommt zur
Anwendung

(a) Etwas anderes soll nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht gelten, wenn Ziff. 44 S. 4 AGB/B zur Anwendung kommt. Dann erwerbe ja die Inkassostelle mit Lastschrifteinreichung die der Lastschrift zugrunde liegende Forderung zur Sicherung ihrer eigenen Forderung²²⁾. Liege demnach die Einreichung der Lastschrift vor Ausbruch der Krise, habe die Bank in unanfechtbarer Weise ein Sicherungsrecht, im Konkurs also ein Absonderungsrecht und damit zugleich eine unanfechtbare Verrechnungsmöglichkeit mit dem Anspruch aus der Gutschrift erlangt²³⁾. Unter der Geltung von Ziff. 44 S. 4 AGB/B sei die maßgebliche Rechtshandlung demnach nicht die Gutschrift, sondern die Hereinnahme der Lastschrift.

(b) Stellungnahme

Eine derartige Argumentation ist nur haltbar, wenn der Kreis der durch Ziff. 44 S. 4 AGB/B gesicherten Forderungen alle Forderungen der Bank umfaßt, also auch die aus einem Schuldsaldo und nicht nur solche, die mit dem betreffenden Inkassogeschäft etwas zu tun haben. Sollte nämlich mit Ziff. 44 S. 4 AGB/B nur die Bankforderung gesichert

22) Obermüller, Rn. 501.

23) Canaris, Rn. 653; ders., Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (87); K/U, § 30 Rn. 42 e, Rn. 48 a; Reyher/Terpitz, S. 90; Obermüller, Rn. 501, 511, 512; Uhlenbruck, S. 304.

sein, welche entsteht, wenn die Lastschrift nicht eingelöst wird, der Einreicher zuvor über den Betrag verfügt hatte²⁴⁾, so läßt sich daraus nichts für die Zulässigkeit der Aufrechnung mit anderen Bankforderungen ableiten. Erst wenn man Ziff. 44 S. 4 AGB/B dahingehend versteht, daß die Abtretung der Forderung aus dem Valutaverhältnis zur Sicherung aller Bankforderungen geschieht, kann man sagen, bereits mit Hereinnahme der Lastschrift zieht die Inkassobank Werte an sich, die bei ihr bis zur Abdeckung eines etwa vorhandenen Schuldsaldos verbleiben. Erst wenn ihr die sicherungshalber abgetretenen Forderungen bis zur Abdeckung eines Schuldsaldos verbleiben, ist es möglich, aus der Unanfechtbarkeit der Sicherungsabtretung die Konkursfestigkeit einer späteren Aufrechnung abzuleiten. Denn der Vermögensverlust war dann wirksam schon mit Forderungszession eingetreten, während die Aufrechnung lediglich die Realisierung der Sicherheit, aber keine zusätzliche Schmälerung des Empfänger vermögens, mithin keine weitere Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 30 KO darstellt²⁵⁾.

Eine Auslegung von Ziff. 44 S. 4 AGB/B in de zuletzt dargestellten Sinne ist aber nicht zwingend. Die Klausel erwähnt nur den Umfang der abgetretenen Forderungen, also die des Kunden, nicht den Umfang der zu sichernden Forderungen, also die der Bank. Den Ausschlag für die Richtigkeit der obi-

24) In diesem Sinne wohl BGH WM 1978, 133 (135).

25) So zutreffend Obermüller, Rn. 501.

gen Literaturansicht gibt jedoch der Vergleich mit der verwandten Rechtslage beim Scheckinkasso. Nach dem klaren Wortlaut der insoweit maßgeblichen Ziffer 42 V AGB/B sollen grundsätzlich alle Forderungen der Bank gesichert sein, und nicht nur solche, die mit dem betreffenden Scheckinkasso etwas zu tun haben²⁶⁾. Bestätigt wird diese Auslegung durch Ziff. 19 II, IV AGB/B, wo ebenfalls das Interesse der Bank deutlich wird, wirksam in ihren Besitz gelangte Sicherheiten für die Gesamtheit ihrer Forderungen und nicht nur für konnexe Ansprüche zu verwenden²⁷⁾. Warum dies beim Lastschriftverfahren, das sich vom Scheckverfahren nur dadurch unterscheidet, daß der Zahlungspflichtige selbst die einzuziehende Summe bestimmt, anders sein soll, ist nicht ersichtlich. Demnach ist trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vereinbarung - die im Sinne einer Klarstellung wünschenswert wäre - auch für den Bereich des Lastschriftverkehrs davon auszugehen, daß die Gläubigerbank die ihr bei Hereinnahme der Lastschrift übertragenen Forderungen zur Sicherung all' ihrer Ansprüche erwirbt. Sofern der Erwerb dieser Sicherheit daher unanfechtbar ist, hat die Bank in unanfechtbarer Weise ein Absonderungsrecht erlangt. Folglich kann sie den Gegenwert ohne weiteres zur Abdeckung eines Debets verwenden²⁸⁾. Mit anderen Worten: Unter der Geltung von Ziff. 44 S. 4 AGB/B

26) Vgl. dazu BGHZ 5, 285 (293); BGHZ 69, 27 (29 f.).

27) Canaris, Rn. 2740.

28) Canaris, Festschrift-Konkursordnung, S. 73 (85, 86); Hadding/Häuser, S. 119, allerdings unter unzutreffender Berufung auf BGHZ 70, 177 (185).

entscheidet als maßgebliche Rechtshandlung i.S.d. § 30 KO die Lastschrifteinreichung und nicht erst die vorbehaltliche Gutschrift²⁹⁾.

bb) Kongruenz oder Inkongruenz der Befriedigung

Was die Inkongruenz der Befriedigung angeht, so gelten grundsätzlich dieselben Regeln wie bei der Giroüberweisung³⁰⁾. Es kommt darauf an, wann die durch Ver- bzw. Aufrechnung getilgte Forderung der Bank fällig wird. Die Rückzahlung eines Überziehungskredits im Sinne von Ziff. 14 III AGB/B beispielsweise fällt wegen der jederzeitigen Fälligkeit der Forderung nicht unter § 30 Nr. 2 KO, wohingegen bei Raten- oder Kontokorrentkrediten die Bank die erlangte Befriedigung "nicht zu dieser Zeit" beanspruchen konnte³¹⁾.

cc) Begünstigungsabsicht und Zeitpunkt der Gut- bzw. Bösgläubigkeit

Auch was die Tatbestandsmerkmale der Begünstigungsabsicht i.S.d. § 30 Nr. 2 2. Fall KO und den Zeitpunkt der Gut- bzw. Bösgläubigkeit i.S.d. § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO betrifft, können grundsätzlich die im 1. Teil der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse übernommen werden.

29) Ebenso für den Scheckverkehr OLG Köln WM 1979, 1193; Canaris, Rn. 824 m.w.N. in Fn. 127.

30) Uhlenbruck, S. 304; Obermüller, Rn. 507 Canaris, Rn. 653 i.V.m. Rn. 499.

31) Obermüller, Rn. 507.

Eine Absicht seitens des Kontoinhabers, seine Bank aus den zu erwartenden Zahlungen bevorzugt zu befriedigen, muß also eindeutig zum Ausdruck kommen und kann nicht lediglich aus der Zunahme des Lastschriftaufkommens abgeleitet werden. Dafür kann es mehrere Ursachen geben³²⁾. Der Zeitpunkt, bis zu dem die Bank gutgläubig sein muß, um einer Anfechtung zu entgehen, richtet sich nach der Geltung von Ziff. 44 S. 4 AGB/B. Ist diese Klausel wirksamer Bestandteil des Girovertrages geworden, kommt es auf den Zeitpunkt der Lastschrifteinreichung an³³⁾, gilt Ziff. 44 S. 4 AGB/B nicht, entscheidet der Zeitpunkt der vorbehaltlichen Gutschrift³⁴⁾.

4. Besonderheiten im Einzugsermächtigungsverfahren nach Einlegung eines Widerspruchs

Die letzte Frage, die sich im Verhältnis zwischen Inkassostelle und Zahlungsempfänger bei Einreichung der Lastschrift vor Konkurseröffnung stellt, geht dahin, was passiert, wenn der Zahlungspflichtige seiner Kontobelastung im Einzugsermächtigungsverfahren widerspricht. Fest steht, daß die Empfängerbank gemäß Abschnitt III Nr. 3 des Lastschriftabkommens verpflichtet ist, die wegen Widerspruchs zurückgehenden Lastschriften zurückzunehmen und der Zahlstelle zurückzuvergüten³⁵⁾. Da die Inkassostelle somit den Gegenwert der zunächst eingelösten Lastschriften verloren hat, wird sie

32) Obermüller, Rn. 508.

33) Canaris, Rn. 653.

34) Obermüller, Rn. 508; Hadding/Häuser, S. 121; Fallscheer/Schlegel, S. 39.

35) Engel, S. 32; Bauer, WM 1981, 1186 (1190); Obermüller, Die Bank 1979, 495 (499).

nach Ziff. 9 S. 2 der Inkassovereinbarung gegen den Zahlungsempfänger vorgehen und von ihm Rückbelastung fordern.

a) Einlegung des Widerspruchs vor
Konkurseröffnung

Soweit dies vor Eröffnung des Konkursverfahrens geschieht, erheben sich keine Bedenken, denn der Gläubiger hat sich in der nach wie vor bestehenden Inkassovereinbarung von vornherein mit der Rückbelastung widersprochener Lastschriften einverstanden erklärt und muß diese nun ohne Rücksicht auf die Berechtigung des Widerspruchs hinnehmen. War demnach durch die Gutschrift ein Guthabensaldo entstanden oder vergrößert, so wird dieser um den Betrag der widersprochenen Lastschrift(en) ermäßigt³⁶⁾. Die Problematik der Konkursaufrechnung stellt sich nicht. Ziff. 9 Satz 2 der Inkassovereinbarung begründet keinen Rückzahlungsanspruch durch die Bank, sondern stellt, wie bereits ausgeführt, nach Wortlaut und Sinn der Klausel eine auflösende Bedingung des Anspruchs aus der Gutschrift dar³⁷⁾. Der Widerspruch des Lastschriftbezogenen und die dadurch ausgelöste Inanspruchnahme des Zahlungsempfängers nach Ziff. 9 Satz 2 der Inkassovereinbarung führen daher nicht zu einer an § 55 KO zu messenden Aufrechnung im Verhältnis Inkassostelle - Lastschriftgläubiger. Vielmehr

36) Obermüller, Rn. 503.

37) BGHZ 74, 309 (315); Canaris, Rn. 577; Fallscheer/Schlegel, S. 32; Polke, S. 119; Gregor, S. 166 f., 259; Sandberger; JZ 1977, 285 (287); Hadding/Häusser, S. 55 ff., 74 ff.; OLG Köln WM 1978, 1361 (1363).

entfällt sein Anspruch aus Gutschrift ipso iure wegen Eintritts einer auflösenden Bedingung, was gemäß § 158 II BGB das Wieder-
aufleben des früheren, d.h. um den Last-
schriftbetrag verringerten Rechtszustandes
zur Folge hat³⁸⁾.

b) Einlegung des Widerspruchs nach Kon-
kurseröffnung

Für die Empfängerbank gilt möglicherweise
etwas anderes, wenn der Zahlungspflichtige
erst nach Konkurs des Gläubigers wider-
spricht. In diesem Fall ist der Girovertrag
und mit ihm die Inkassovereinbarung als
seine Zusatzabrede gemäß § 23 II KO erlo-
schen³⁹⁾. Folglich existiert rechtlich
gesehen auch Ziff. 9 Satz 2 der Inkassover-
einbarung nicht, so daß man annehmen könn-
te, die Gläubigerbank habe mangels An-
spruchsgrundlage keine Möglichkeit, das
Kundenkonto zurückzubelasten. Das hätte zur
Folge, daß die Bank einen durch die Gut-
schrift entstandenen vergrößerten Guthaben-
saldo in voller Höhe an den Konkursverwal-
ter auszahlen müßte und wegen der Erstat-
tung des an die Zahlstelle zurückvergüteten
Lastschriftbetrages leer ausginge. Dies, so
ließe sich anführen, sei auch gerechtfert-
tigt, denn die erste Inkassostelle habe es
in der Hand, die Personen auszuwählen,
die sie zum Lastschriftverfahren zulasse.

38) Hadding/Häuser, S. 56, allerdings in-
konsequent auf der Grundlage der "Ge-
nehmigungstheorie". Vgl. dazu Canaris,
Rn. 636. Im Ergebnis ebenso Bauer, WM
1981, 1186 (1193); Obermüller, Die Bank
1979, 495 (499).

39) Fallscheer/Schlegel, S. 34, 43; Cana-
ris, Rn. 651.

Das ist grundsätzlich richtig, erlaubt eine Benachteiligung der Bank aber nur, wenn sich die Fehleinschätzung über die Bonität des Einreichenden auch auswirkt. Das ist jedoch nur bei debitorischem Konto der Fall⁴⁰⁾. Entsteht dagegen mit der Lastschrifteinlösung ein Guthaben oder vergrößert es sich, wird das obige Ergebnis der beiderseitigen Interessenlage nicht gerecht. Der Zahlungsempfänger war sich mit Abschluß der Inkassovereinbarung darüber im klaren, daß sein Schuldner ein Widerspruchsrecht hat, daß folglich die gesamte Buchgeldübertragung unter dem Vorbehalt stand, daß der Zahlungspflichtige binnen sechs Wochen von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch macht⁴¹⁾. Unter diesen Umständen durfte er der Gutschrift anders als im Abbuchungsauftragsverfahren keinen endgültigen Charakter beimessen. Vielmehr mußte er sie als vorläufig ansehen, selbst wenn ihm rechtlich die Konstruktion einer auflösenden Bedingung i.S. d. § 158 II BGB nicht geläufig sein sollte. Kommt es dann zum Bedingungseintritt, muß er bzw. sein Konkursverwalter sich daran festhalten lassen und wie versprochen die Rückabwicklung auf dem umgekehrten Inkassoweg dulden. Das zwischenzeitliche Erlöschen der Inkassovereinbarung nach § 23 II KO ändert daran nichts, denn, wie Canaris zu Recht betont, offenbart sich in dem nachträglichen Verlust des Anspruchs aus der Gutschrift lediglich eine "inhärente Schwäche"⁴²⁾ dieses Anspruchs, der im Einzugsermächtigungsverfahren auch nach Einlösung

40) Bauer, WM 1981, 1189 (1190); Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn.138.

41) Bauer, WM 1981, 1186 (1193); Gregor, S. 166.

42) Canaris, Rn. 654.

eben nur vorläufiger Natur ist⁴³⁾. Konstruktiv läßt sich dieses Resultat trotz § 23 II KO aus Ziff. 9 Satz 2 der Inkassovereinbarung ableiten, weil diese Bestimmung insoweit eine Nachwirkung entfaltet. Ebenso nämlich wie im Fall der Nachwirkung des Girovertrages zugunsten des Widerspruch einlegenden Konkursverwalters geht es auch hier nicht um den Schutz der Masse vor nachkonkurslichen störenden Eingriffen durch den Beauftragten, sondern um die Realisierung von Rechten, die dem Grunde nach bereits vor Konkurseröffnung entstanden sind⁴⁴⁾. Im Ergebnis muß man daher auch für den Fall, daß der Lastschriftbezogene nach Konkurseröffnung widerspricht, davon ausgehen, daß die Empfängerbank das Konto des Einreichers gemäß Ziff. 9 Satz 2 der Inkassovereinbarung zurückbelasten darf⁴⁵⁾.

43) Ebenso Bauer, WM 1981, 1186 (1193, 1194); Fallscheer/Schlegel, S. 44; Obermüller, Rn. 503.

44) So zutreffend Canaris, Rn. 654, 661.

45) Ebenso Obermüller, Die Bank 1979, 495 (499); ders., BuB III, 15. Teil, Rn. 93; Bauer, WM 1981, 1186 (1194); Had-ding/Häuser, S. 117, 118. Dies nützt der Bank nur etwas, wenn sie ein etwaiges Guthaben noch nicht ausgezahlt hat. Falls der Konkursverwalter darüber aber bereits verfügt haben sollte, ist die Bank auf eine reguläre Konkursforderung beschränkt, was durchaus sachgerecht ist, weil sich nun das von der Inkassostelle durch das Lastschriftabkommen übernommene Risiko einer Insolvenz des Einreichers realisiert; Canaris, Rn. 582.

III. Rechtsfolgen der vor oder nach Konkursuröffnung eingelösten Lastschrift bei vor Konkursuröffnung erteilter Vorbehaltsgutschrift im Valutaverhältnis Zahlungspflichtiger - Zahlungsempfänger

Für die rechtliche Beurteilung des Valutaverhältnisses kommt es im Unterschied zur Rechtslage im Deckungsverhältnis nicht auf den Zeitpunkt der Vorbehaltsgutschrift, sondern allenfalls auf denjenigen der Einlösung an.

1. Eintritt der Erfüllung

Bei Lastschrifteinlösung vor Konkursuröffnung erlischt, wie bereits ausgeführt, die der Inkassostelle zustehende Forderung aus dem Valutaverhältnis. Daran kann der spätere Konkurs nichts ändern, weil der Zahlungsvorgang zuvor abgeschlossen war⁴⁶⁾.

Wird die Lastschrift erst nach Konkursuröffnung eingelöst, gilt dasselbe. Da das Konto in die Masse fällt, gelangt auch der Anspruch aus der Gutschrift in die Masse, so daß der leistende Schuldner gemäß § 8 I KO von seiner Verbindlichkeit frei wird⁴⁷⁾. Dabei bleibt es selbst dann, wenn die Inkassostelle zulässigerweise mit ihrer Forderung aus Debet aufrechnet. Obwohl die geleistete Lastschriftsumme tatsächlich nicht "in die Konkursmasse gekommen ist", vgl.

46) Canaris, Rn. 657; Gregor, S. 253; Had-
ding/Häuser, S. 120.

47) Uhlenbruck, S. 304; Gregor, S. 254;
Fallscheer/Schlegel, S. 40; Jaeger/
Henckel, § 8 Rn. 5, 34.

§ 8 I KO, greift diese Vorschrift ein, weil die Zulässigkeit der Konkursaufrechnung ausschließlich das Deckungsverhältnis betrifft und demnach nicht zu Lasten des Schuldners gehen darf⁴⁸⁾. Außerdem setzt die bankmäßige Aufrechnung das Bestehen der gemeinschuldnerischen Hauptforderung und damit deren Massezugehörigkeit voraus, so daß man mit der Terminologie des Gesetzes durchaus davon sprechen kann, das Geleistete sei für eine "logische Sekunde" in die Masse gekommen. Wer anderer Ansicht ist⁴⁹⁾ müßte konsequenterweise auch für den Fall, daß der Zahlungsempfänger nicht in Konkurs fällt, eine Erfüllungswirkung im Valutaverhältnis ablehnen. Auch in diesem Fall hat der Kontoinhaber für seine Valutaforderung nie (Buch-)Geld erhalten.

2. Besonderheiten im Einzugsermächtigungsverfahren nach Einlegung eines Widerspruchs

Die bereits im 2. Kapitel dargestellten Besonderheiten des Einzugsermächtigungsverfahrens, die sich im Valutaverhältnis nach Einlegung eines Widerspruchs ergeben, gelten grundsätzlich auch hier, wenn auch mit gewissen Modifikationen.

Die Rechtslage gleicht sich insofern, als der Widerspruch des Zahlungspflichtigen grundsätzlich ohne Rücksicht auf seine materielle Berechtigung nach Abschnitt III Nr. 3 des Lastschriftabkommens zum Entzug

48) Canaris, Rn. 657.

49) Gregor, S. 254; Hadding/Häuser, S. 122; Fallscheer/Schlegel, S. 40.

der Deckung bei der ersten Inkassostelle und damit zum nachträglichen Wegfall des dem Zahlungspflichtigen zustehenden Gut-schriftanspruchs führt, vgl. Ziff. 9 Satz 2 der Inkassovereinbarung⁵⁰⁾. Ob der Wi-derspruch vor oder nach Konkurseröffnung erhoben wird, spielt insoweit keine Rolle. Folglich lebt die ehemals getilgte Valuta-forderung wieder auf. War der Widerspruch rechtsmißbräuchlich, macht sich der Zah-lungspflichtige seinem Gläubiger gegenüber aus dem Gesichtspunkt der positiven Ver-tragsverletzung und nach § 826 BGB scha-denersatzpflichtig. Diese Ansprüche werden aber - das ist der Unterschied zum 2. Kapi-tel - nicht mehr vom Zahlungsempfänger selbst, sondern wegen § 6 II KO von seinem Konkursverwalter geltend gemacht. Ein wei-terer Unterschied ergibt sich daraus, daß der Schaden, den die erwähnten Ansprüche voraussetzen, nicht ohne weiteres mit der Insolvenz des Anspruchspflichtigen begrün-det werden kann, sondern, da der Zahlungs-pflichtige möglicherweise noch liquide ist, einer sorgfältigen Prüfung bedarf. Deshalb dürfte es für den Konkursverwalter besser sein, auf den Bereicherungsanspruch nach § 812 I 1 2. Fall BGB (Eingriffskondiktion) auszuweichen, welchem der Zahlungspflichti-ge bei unberechtigtem Widerspruch ebenfalls ausgesetzt ist.

50) Canaris, Rn. 636; Engel, S. 54; Fall-scheer/Schlegel, S. 34 f.; Hadding/Häuser, S. 74.

IV. Ergebnis zu A: Einreichung der Lastschrift vor Konkurs-
eröffnung

Reicht der Zahlungsempfänger, bevor er in Konkurs fällt, seiner Bank Lastschriften ein, so ergibt sich folgende Rechtslage:

Aufgrund des fortbestehenden Girovertrages muß die Inkassobank den Weisungen ihres Kunden nachkommen, d.h. die Lastschriftbeträge vorbehaltlich gutschreiben und für ihre unverzügliche Einziehung sorgen. Kommt es dazu, sei es vor oder nach Konkurseröffnung, kann sie den Gegenwert dieser Lastschriften dann nicht zur Reduzierung eines Debets verwenden, wenn ihr bei E.v.-Gutschrift die (drohende) Krise ihres Kunden bekannt war, § 30 Nr. 1 2. Halbs., Nr. 2 KO. Eine Ausnahme gilt gemäß Ziff. 44 S. 4 AGB/B. Unter der Geltung dieser Klausel wird der Schutz der Bank auf den Zeitpunkt der Hereinnahme der Lastschrift vorverlegt.

Im Gegensatz zur Bank des Gläubigers hat dessen Vertragspartner aus dem Valutaverhältnis keinen Grund zur Besorgnis, weil er in jedem Fall von seiner Verbindlichkeit frei wird.

B Einreichung der Lastschrift nach
Konkurseröffnung

I. Verpflichtung zur vorbehaltlichen
Gutschrift

1. Grundsatz: keine Verpflichtung,
§ 23 II KO

Reicht der Zahlungsempfänger (= Gemeinschuldner) seiner Bank Lastschriften zum Einzug ein, nachdem über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, so ist die Bank gemäß § 23 II KO wegen des Erlöschens des Girovertrages und der Inkassovereinbarung¹⁾ als seiner Nebenabrede grundsätzlich nicht mehr verpflichtet, der Lastschriftweisung ihres ehemaligen Kunden nachzukommen. Sie kann sich auf den Fortfall ihrer Inkassopflicht berufen und die Einziehung der Lastschriften ablehnen²⁾.

2. Ausnahme: § 23 I 2 KO i.V.m. § 672 S. 2
BGB

Einzige Ausnahme von obigem Grundsatz enthalten §§ 23 I 2 KO, 672 S. 2 BGB. Danach muß die Bank trotz Konkurses die gewünschte Inkassotätigkeit vornehmen, falls mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist. Ebenso wie bei der Insolvenz des Überweisungsempfängers³⁾ ist diese Gefahr im Einzelfall

1) Fallscheer/Schlegel, S. 43; Gregor, S. 250, 253; Canaris, Rn. 651.

2) Obermüller, Rn. 516.

3) Meyer-Cording, S. 118; Obermüller, Diss. S. 78, 79; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365, Rn. 121; Canaris, Rn. 496.

sorgfältig zu prüfen, läßt sich demnach nicht allgemein mit dem gerade in finanziellen Notlagen bestehenden Bedürfnis nach Liquidität bejahen.

3. Nachwirkende Pflicht zur vorbehaltlichen Gutschrift gemäß § 242 BGB ?

Im Unterschied zur Bank des Gläubigers im Überweisungsverkehr trifft die Bank des Gläubigers im Lastschriftverkehr keine nachvertragliche Handlungspflicht aus § 242 BGB. Anders als dort geht es hier nicht um die Frage, was mit Geldern zu geschehen hat, die bei ihr zugunsten des Kontoinhabers eingegangen sind, sondern darum, ob sie daran mitwirken muß, daß solche Gelder überhaupt eingehen. Die dafür erforderliche Bereitstellung ihres Geschäftsbetriebes schuldet die Inkassostelle jedoch nur im Falle wirksamen Girovertrages⁴⁾. Folglich kann sie mit dessen konkursbedingtem Wegfall eine Mitwirkung an der Lastschrifteinziehung verweigern.

Sollte die Bank dennoch tätig werden, sei es weil ihr die Konkurseröffnung nicht bekannt ist, sei es weil sie trotz Kenntnis versehentlich handelt, und wie sonst auch ihrem Kunden gemäß Ziff. 7 der Inkassovereinbarung die Lastschriftbeträge vorbehaltlich gutschreiben, so ergibt sich, sofern die Lastschriften noch eingelöst werden, folgende Rechtslage:

4) Mütze, S. 13.

II. Rechtsfolgen der nach Konkurseröffnung
eingelösten Lastschrift bei nach Kon-
kurseröffnung gutgläubig oder verse-
hentlich erteilter Vorbehaltsgutschrift
im Inkassoverhältnis Gläubigerbank -
Zahlungsempfänger

1. Erteilung der vorbehaltlichen Gut-
schrift in Unkenntnis der Konkurseröff-
nung
- a) Entstehen eines Anspruchs aus Gut-
schrift gemäß § 780 BGB zugunsten des
Gemeinschuldners

Kommt es im Anschluß an die gutgläubige Er-
teilung der vorbehaltlichen Gutschrift auf
dem Konto des Gemeinschuldners zur Einlö-
sung der Lastschrift durch die Zahlstelle,
so erwirbt dieser trotz des Konkurses einen
Anspruch aus Gutschrift gemäß § 780 BGB.
Das ergibt sich ebenso wie bei der gutgläu-
bigen Gutschrift von nachkonkurslichen
Überweisungseingängen daraus, daß die ding-
liche Abrede über das abstrakte Schuldver-
sprechen von der schuldrechtlichen Verein-
barung im Girovertrag zu trennen ist.
Obwohl der Abschluß beider Geschäfte zeit-
lich zusammenfällt, handelt es sich recht-
lich gesehen um zwei selbständige Abreden,
die im Verhältnis Verpflichtungs-/Erfül-
lungsgeschäft zueinander stehen⁵⁾. Daher
führt der konkursbedingte Untergang des
schuldrechtlichen Girovertrages nach § 23
II KO grundsätzlich nicht zum Erlöschen der
dinglichen Abrede über das abstrakte

5) Canaris, Rn. 462; i.E. ebenso Hadding/
Häuser, ZHR 145, 138 (159).

Schuldversprechen. Diese ist daher auch im Konkurs des Zahlungsempfängers wirksam und begründet für ihn einen Zahlungsanspruch aus Gutschrift, sofern diese durch Einlösung endgültig wird. Abzulehnen ist damit die schon im 1. Teil vorgestellte, von Canaris entwickelte Gegenansicht, wonach ein Anspruch aus der Gutschrift nicht entstehen kann, weil es wegen des Erlöschens des Girovertrages an dem erforderlichen Entstehungstatbestand fehle⁶⁾. Abgesehen davon, daß sich diese Auffassung mit dem auch von Canaris respektierten Abstraktionsprinzip⁷⁾ nicht vereinbaren läßt, begegnet diese Lösung auch deshalb Bedenken, weil sie nicht konsequent durchgeführt wird. Beispielsweise spricht Canaris im Rahmen der Prüfung des Valutaverhältnisses davon, daß bei Lastschrifteinreichung nach Konkurseröffnung "der Anspruch aus der Gutschrift"⁸⁾ in die Masse gelangt. Wie ein Anspruch aus Gutschrift trotz erloschenen Schuldversprechensvertrages, also ohne Entstehungstatbestand, entstehen und in die Masse gelangen kann, ist nicht erklärlich. Diese Unstimmigkeiten lassen sich vermeiden, wenn man der hier vertretenen Meinung folgt und einen Zahlungsanspruch des Gutschrifttempfängers auch für den Fall annimmt, daß die Lastschrift nach Konkurseröffnung eingereicht und eingelöst wird⁹⁾.

6) Canaris, Rn. 651 i.V.m. Rn. 464 f.; zustimmend Uhlenbruck, S. 304.

7) Canaris, Rn. 462.

8) Vgl. Canaris, Rn. 657; ebenso Rn. 509 für den Überweisungsverkehr.

9) Ebenso im Ergebnis Obermüller, Rn. 516; Kübler, BB 1976, 801 (803); vgl. auch BGH WM 1978, 58 (59); BGH KTS 1980, 34 (36, 37) zur entsprechenden Rechtslage im Überweisungsverkehr.

- b) Wirksamkeit der Aufrechnung eines Debet-saldos gegen den Anspruch aus § 780 BGB, § 55 KO

Da die erste Inkassostelle die Auszahlung des Lastschriftbetrages nach Konkurseröffnung schuldig wird, kann sie ihn nicht zur Reduzierung eines vor Konkurseröffnung bestehenden Debets verwenden. Einer derartigen Reduzierung, die nur im Wege der Aufrechnung möglich ist, steht die Vorschrift des § 55 S. 1 Nr. 1 KO entgegen¹⁰⁾. Die Bank kann sich auch nicht darauf berufen, sie habe die provisorische Gutschrift im Vertrauen auf den Fortbestand der Kontokorrentbeziehung erteilt und in diesem Fall stehe ihr eine Auf- bzw. Verrechnungsbezugnis zu. Wie bereits im 1. Teil dargelegt, wird diesem Vertrauen nach § 15 S. 1 KO mit Konkurseröffnung der Boden entzogen, so daß eine Anwendung der §§ 23 I 2 KO, 674 BGB auf den Kontokorrentvertrag ausscheidet, zumal dieser ohnehin nicht zu den dort genannten Vertragstypen zählt¹¹⁾. Die Inkassostelle muß also die nach Konkurseröffnung vorbehaltlich gutgeschriebenen Lastschriftbeträge auszahlen, ohne damit ihre Forderung aus Debet reduzieren zu können. Empfangsberechtigt ist wegen § 6 II KO nicht der Gemeinschuldner, sondern der Konkursverwalter. Durch Zahlung an den Gemeinschuldner wird die Bank nur nach Maßgabe von § 8 II, III KO befreit¹²⁾.

10) Canaris, Rn. 652, 657; Uhlenbruck, S. 304; Obermüller, Rn. 516.

11) K/U, § 23 Rn. 15; Kübler, BB 1976, 801; Uhlenbruck, S. 298, 300; Canaris, in RGRK-HGB, § 355, Rn. 10, 113; BGH KTS 1980, 34 (36); OLG Koblenz WM 1984, 543 (544).

12) Obermüller, Rn. 516.

2. Erteilung der vorbehaltlichen Gutschrift in Kenntnis der Konkursöffnung

- a) Entstehen eines Anspruchs aus Gutschrift gemäß § 780 BGB zugunsten des Gemeinschuldners

Kennt die Bank den Konkurs ihres Kunden, bringt sie ihm gleichwohl die von ihm eingereichten Lastschriften unter Vorbehalt gut, so erwirbt der Gemeinschuldner auch hier einen Anspruch aus Gutschrift gemäß § 780 BGB, sofern die Lastschrift noch eingelöst wird. Dies folgt ebenso wie bei Gutgläubigkeit der Bank aus der Abstraktheit des Schuldversprechens.

Ergänzend zu den dortigen Ausführungen sei für den Fall der Bösgläubigkeit darauf hingewiesen, daß die Bank, obwohl sie infolge des Erlöschens des Girovertrages rechtsgrundlos geleistet hat, die Gutschrift auf dem Empfängerkonto unabhängig von § 814 BGB nicht gemäß § 812 II BGB konstatieren kann. Den Rechtsgrund bildet nämlich eine aus §§ 667, 242 BGB abzuleitende Pflicht der Bank zur Herausgabe der Lastschriftbeträge. Zwar wurde weiter oben eine nachvertragliche Handlungspflicht der Empfängerbank aus § 242 BGB gerade abgelehnt. Doch ging es dort um die Ermöglichung des Inkassos durch Bereitstellung des bankmäßigen Geschäftsbetriebes. Hier dagegen geht es darum, ob das, was die Bank nach nicht geschuldeter, aber vollzogener Bereitstellung ihres Geschäftsbetriebes zugunsten ihres ehemaligen Kunden tatsächlich erhalten hat, an diesen nach dem Gebot von Treu und Glauben herausgeben muß. Da sich diese

Fragestellung mit derjenigen bei nachkurslichen Überweisungseingängen deckt, muß auch die Antwort insoweit gleich ausfallen. Im Lastschriftverkehr trifft die Gläubigerbank daher ebenso wie im Überweisungsverkehr eine Pflicht zur Herausgabe von nach Konkursöffnung eingegangenem Buchgeld, §§ 667, 242 BGB. Der einzige Unterschied besteht darin, daß diese Pflicht von der Bank im Lastschriftinkasso keine aktive Erfüllungshandlung erfordert, weil hier der Anspruch auf Gutschrift gemäß § 667 BGB automatisch mit Lastschrifteinlösung erfüllt wird¹³⁾. Vielmehr liefert sie nur noch den Rechtsgrund für die nach Konkursöffnung nicht mehr geschuldete Leistung der Bank¹⁴⁾.

- b) Wirksamkeit der Aufrechnung eines
Debetsaldos gegen den Anspruch aus
§ 780 BGB, § 55 KO

Eine Aufrechnung zwischen der Forderung der Bank aus Debet und dem Anspruch des Gemeinschuldners aus der Gutschrift scheitert ebenso wie im Fall der Gutgläubigkeit der Bank an § 55 S. 1 Nr. 1 KO¹⁵⁾, zumal die erste Inkassostelle hier nicht einmal im Vertrauen auf eine Kontokorrentverrechnung gehandelt hat.

13) Canaris, Rn. 569.

14) Im Ergebnis wie hier Canaris, Rn. 651; Obermüller, Rn. 502; Gregor, S. 253; Fallscheer/Schlegel, S. 38. Die genannten Autoren sprechen ausschließlich von der nachvertraglichen Pflicht zur Gutschrift. Wie gerade dargelegt, ist diese Terminologie im Lastschriftverfahren nicht ganz exakt.

15) Obermüller, Rn. 516; Canaris, Rn. 652, 657.

3. Besonderheiten im Einzugsermächtigungsverfahren nach Einlegung eines Widerspruchs

Kommt es nach Konkurseröffnung zu Widersprüchen durch den Zahlungspflichtigen, so kann die Inkassostelle das Konto des Lastschrifteinreichers entsprechend zurückbelasten. Wie oben ausgeführt, ergibt sich dieses Resultat trotz gemäß § 23 II KO erloschener Inkassovereinbarung aus Ziff. 9 S. 2 dieser Abrede, die insoweit eine Nachwirkung entfaltet.

III. Rechtsfolgen der nach Konkurseröffnung eingelösten Lastschrift bei nach Konkurseröffnung gutgläubig oder versehentlich erteilter Vorbehaltsgutschrift im Valutaverhältnis Zahlungspflichtiger - Zahlungsempfänger

Da der Gemeinschuldner einen Anspruch aus Gutschrift selbst dann erwirbt, wenn Einreichung und Einlösung der Lastschrift nach Konkurseröffnung erfolgen¹⁶⁾, und da diese

Anspruch wegen der Massezugehörigkeit des Kontos in die Masse gelangt¹⁷⁾, tritt im Valutaverhältnis gemäß § 8 I KO Erfüllung ein¹⁸⁾. Diese entfällt allerdings wieder, falls es zu Widersprüchen durch den Zahlungspflichtigen kommt, Ziff. 9 S. 2 der Inkassovereinbarung.

16) Vgl. S. 243 ff.

17) Vgl. S. 219 ff.

18) Ebenso Canaris, Rn. 657; Uhlenbruck, S. 304.

IV. Ergebnis zu B: Einreichung der Lastschrift nach Konkurs- eröffnung

Bei Hereinnahme von Lastschriften nach Konkurseröffnung trifft die Bank des Empfängers keine Inkassopflicht, § 23 II KO. Handelt sie dennoch und kommt es zur Einlösung der Lastschriften, muß sie deren Gegenwert an den Konkursverwalter auszahlen und kann ihn unabhängig von Gut- oder Bösgläubigkeit nicht zur Verminderung eines gemeinschuldnerischen Debets verwenden, § 55 S. 1 Nr. 1 KO. Den Zahlungspflichtigen läßt der Empfängerkonkurs unberührt. Gemäß § 8 I KO kann er auch nach Konkurseröffnung schuld-befreiend leisten.

C Ergebnis zum 3. Kapitel: Konkurs des Zahlungsempfängers

Im Konkurs des Empfängers einer Lastschrift ist folgendes zu beachten:
Für die Inkassobank kommt es in aller Regel (Ziff. 44 S. 4 AGB/B) auf den Zeitpunkt der Einreichung der Lastschrift an. Nur wenn dieser vor Eröffnung des Konkursverfahrens liegt, besteht für sie die Möglichkeit, in unanfechtbarer Weise die Forderungen aus Debet und Gutschrift zu verrechnen. Nach Konkurseröffnung scheidet diese Verrechnungsmöglichkeit aus, § 55 KO.

Dagegen braucht der Zeitpunkt der Lastschrifteinreichung den Zahlungspflichtigen nicht zu interessieren. Für ihn ist die Einlösung der Lastschrift von Bedeutung, und zwar nicht deren Zeitpunkt, sondern

die Tatsache an sich. Sobald es dazu kommt, erlischt seine Verbindlichkeit aus dem Valutaverhältnis. Sollte er im Einzugsermächtigungsverfahren allerdings mißbräuchlich Widerspruch erheben, macht er sich schadensersatzpflichtig.

4. Kapitel: Zusammenfassung

Die Auswirkungen des Konkurses des Bankkunden auf den Lastschriftverkehr sind folgende:

Ist der Bankkunde Zahlungspflichtiger, hat nur der Zahlungsempfänger mit Konkursnachteilen zu rechnen. Bei vor Konkurseröffnung eingelösten Lastschriften ist es möglich, daß er die Lastschriftsummen abführen muß; bei Einlösung nach Konkurseröffnung ist das sicher. Außerdem kann er nicht verhindern, daß der Konkursverwalter die zu Recht erfolgte Lastschriftzahlung wieder beseitigt, indem er im Einzugsermächtigungsverfahren Widerspruch einlegt. Die Situation für die Zahlstelle stellt sich grundsätzlich besser dar, so jedenfalls, wenn sie das Kundenkonto kreditorisch hält. Dann steht ihr in allen Insolvenzphasen entweder eine unanfechtbare Verrechnungsmöglichkeit oder zumindest ein Ausgleichsanspruch gegen einen der Beteiligten zu. Die Besonderheiten des Einzugsermächtigungsverfahrens nach Einlegung eines Widerspruchs ändern daran nichts.

Ist der Bankkunde Zahlungsempfänger, verhält es sich umgekehrt: Hier treffen die Konkursauswirkungen allein die Bank, nicht den Valutapartner. Während letzterer auch bei Einlösung nach Konkurseröffnung von seiner Verbindlichkeit frei wird, muß die Inkassostelle entweder mit der Anfechtbarkeit der Verrechnung zwischen Debet und Gutschrift rechnen oder bei Lastschrifteinreichung nach Konkurseröffnung mit deren Unwirksamkeit.

Fazit

Vergleicht man die Resultate der vorliegenden Untersuchung, so fällt zweierlei auf:

1. Ist der Bankkunde Schuldner (= Überweisungsauftraggeber, Zahlungspflichtiger), wirkt sich sein Konkurs grundsätzlich nur zu Lasten des Gläubigers (= Überweisungs-, Zahlungsempfänger) aus, nicht hingegen zu Lasten der Bank (= Überweisungsbank, Zahlstelle).
2. Ist der Bankkunde Gläubiger, wirkt sich sein Konkurs nur zu Lasten der Bank (= Empfängerbank, erste Inkassostelle), nicht hingegen zu Lasten des Schuldners aus.

Wesentlich für diese unterschiedlichen Auswirkungen ist die jeweilige Schuldner- bzw. Gläubigerstellung; oder anders ausgedrückt: Als Gläubiger ist man im Konkurs des Gemeinschuldners in einer schlechteren Position als man es als Schuldner des Gemeinschuldners wäre. Insofern bewahrheitet sich auch für den Überweisungs- und Lastschriftverkehr der Grundsatz, daß der Schuldner der Vermögensentwicklung seines Vertragspartners prinzipiell gleichgültig gegenüberstehen kann, wohingegen der Gläubiger die Zahlungsfähigkeit seines Kontrahenten überwachen muß, wenn er keinen Schaden erleiden will.

Bank des Gemeinschuldners		Valutapartner des Gemeinschuldners	
Konkurs des Schuldners	im ÜV	(-)	(+)
	im LSV	Zeitpunkt der Durchführung	Zeitpunkt der Gutschrift
Konkurs des Schuldners	im ÜV	(-)	(+)
	im LSV	Zeitpunkt der Einlösung der LS	Zeitpunkt der Einlösung +)
Konkurs des Schuldners	im ÜV	(+)	(-)
	im LSV	Zeitpunkt des Zahlungseingangs	Tatsache der Gutschrift
		(+)	(-)
		Zeitpunkt der Einreichung der LS	Tatsache der Einlösung

Erläuterungen:

{ - } = keine nachteiligen Auswirkungen
 { + } = nachteilige Auswirkungen
 Krit.: = Kriterium für die rechtliche Beurteilung
 ÜV = Überweisungsverkehr
 LSV = Lastschriftverkehr
 LS = Lastschrift
 +) hier Endgültigwerden der vorbehaltlichen Gutschrift durch Einlösung

Anhang 1

Abkommen über den Lastschriftverkehr

Der

Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V., Bonn,

Bundesverband der deutschen Banken e.V., Köln

Deutsche Sparkassen- und Giroverband e.V., Bonn,

Verband der Gemeinwirtschaftlichen Geschäftsbanken, Bonn,

Verband deutscher Hypothekenbanken e.V., Bonn,

Verband Öffentlicher Banken e.V., Bonn,

die

Deutsche Bundesbank, Frankfurt,

sowie die

Deutsche Bundespost, vertreten durch den Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen, Bonn,

- nachstehend "Vertragspartner" genannt -
vereinbaren für den Lastschriftverkehr folgendes
Abkommen:

Abschnitt I

Nummer 1

Im Rahmen des Lastschriftverfahrens wird zugunsten des Zahlungsempfängers über sein Kreditinstitut (erste Inkassostelle) von dem Konto des Zahlungspflichtigen bei demselben oder einem anderen Kreditinstitut (Zahlstelle) der sich aus der Lastschrift ergebende Betrag eingezogen, und zwar aufgrund

- a) einer dem Zahlungsempfänger von dem Zahlungspflichtigen erteilten schriftlichen Ermächtigung (Einzugsermächtigung)
oder
- b) eines der Zahlstelle von dem Zahlungspflichtigen zugunsten des Zahlungsempfängers erteilten schriftlichen Auftrags (Abbuchungsauftrag).

Nummer 2

Die erste Inkassostelle nimmt Aufträge zum Einzug fälliger Forderungen, für deren Geltendmachung nicht die Vorlage einer Urkunde erforderlich ist, mittels Lastschrift herein. Für beleglose Lastschriften gelten die "Richtlinien für den beleglosen Datenträgeraustausch (Magnetbankd-Clearing-Verfahren)". Im übrigen gelten die "Richtlinien für einheitliche Zahlungsverkehrsvordrucke" sowie die "Richtlinien für eine einheitliche Codierung von zwischenbetrieblich weiterzuleitenden Zahlungsverkehrsbelegen (Codierrichtlinien)".

Nummer 3

- (1) Lastschriften, die auf Einzugsermächtigungen beruhen, sind besonders zu kennzeichnen.
- (2) Soweit für sie Belege erstellt sind, müssen die Vordrucke den Vermerk "Einzugsermächtigung des Zahlungspflichtigen liegt dem Zahlungsempfänger vor" tragen. Fehlt ein entsprechender Vermerk oder ist er bei Belegausdruck von zunächst im beleglosen Verfahren weitergeleiteten Lastschriften gestrichen, so werden die Lastschriften als Abbuchungsauftrags-Lastschriften (Abschnitt I Nr. 1 b) behandelt.
- (3) Die Zahlstelle ist berechtigt, Lastschriften nach dem Textschlüssel zu bearbeiten.
- (4) Im beleglosen Verfahren sind die Textschlüssel entsprechend Anhang 1 der "Richtlinien für einheitliche Zahlungsverkehrsvordrucke" zu verwenden.

Nummer 4

Bei Lastschriften, die als Einzugsermächtigungs-Lastschriften gekennzeichnet sind, haftet die erste Inkassostelle der Zahlstelle für jeden Schaden, der dieser durch unberechtigt eingereichte Lastschriften entsteht.

Nummer 5

Lastschriften sind zahlbar, wenn sie bei der Zahlstelle eingehen. Fälligkeitsdaten und Wertstellungen bleiben unbeachtet.

Nummer 6

- (1) Die Zahlstelle hat dem Zahlungspflichtigen unverzüglich nach Belastung seines Kontos die Lastschriftbelege oder Ersatzbelege auszuhändigen oder ihm den Lastschriftbetrag, den Verwendungszweck und den Namen des Zahlungsempfängers in anderer Weise mitzuteilen.
- (2) Bestätigungen über die Einlösung von Lastschriften werden nicht erteilt.
- (3) Teileinlösungen sind unzulässig.

Nummer 7

- (1) Lastschriften, die nicht eingelöst wurden oder denen im Sinne von Abschnitt III, Nr. 1 widersprochen wurde (Rücklastschriften), sind im Original zurückzugeben. Ist dies nicht möglich, erfolgt die Rückgabe durch Ersatzbeleg. War die Lastschrift im beleglosen Verfahren zugegangen, so hat die Zahlstelle auf dem Ersatzbeleg die Bankleitzahl der ersten Inkassostelle, den Namen des Zahlungsempfängers und dessen Kontonummer, den Namen des Zahlungspflichtigen, den Betrag sowie den Verwendungszweck anzugeben, soweit sich diese Daten aus der Magnetbandinhaltsliste gemäß den "Richtlinien für den beleglosen Datenträgeraustausch" ergeben.
- (2) Nicht eingelöste Lastschriften sind mit dem Vermerk
"Vorgelegt am _____
und nicht bezahlt",
sowie mit dem Namen der Zahlstelle, Ort und Datum der Ausfertigung zu versehen.

- (3) Lastschriften, die als Einzugsermächtigungs-Lastschriften gekennzeichnet sind und wegen Widerspruchs des Zahlungspflichtigen zurückgegeben werden (Abschnitt III, Nr. 1) sind mit dem Vermerk

"Belastet am _____

Zurück wegen Widerspruchs",

sowie mit dem Namen der Zahlstelle, Ort und Datum der Ausfertigung zu versehen.

Abschnitt II

Numer 1

Lastschriften, die nicht eingelöst werden,

- a) weil sie unanbringlich sind,
 - b) weil auf dem Konto des Zahlungspflichtigen keine Deckung vorhanden ist
oder
 - c) weil bei Abbuchungsauftrags-Lastschriften der Zahlstelle kein Abbuchungsauftrag vorliegt,
- sind von der Zahlstelle spätestens an dem auf den Tag des Eingangs folgenden Geschäftstag mit dem Vorleungsvermerk versehen an die erste Inkassostelle zurückzugeben.

Numer 2

- (1) Werden Lastschriften im Sinne des Abschnitts II, Nr. 1 nicht eingelöst, so hat die Zahlstelle die erste Inkassostelle bei Lastschriftbeträgen von 2.000 DM und darüber unmittelbar spätestens an dem auf den Tag des Eingangs folgenden Geschäftstag bis zu dem in Nr. 4 der Anlage genannten Zeitpunkt und unter Einsatz der dort genannten Kommunikationsverfahren von der Nichteinlösung zu benachrichtigen (Eilmachricht).

- (2) Die Eilmeldung hat den Namen und die Kontonummer des Zahlungsempfängers, den Lastschriftbetrag sowie den Namen des Zahlungspflichtigen zu enthalten, soweit die Daten aus der Lastschrift hervorgehen; war die Lastschrift im beleglosen Verfahren zugegangen, gilt dies nur, soweit sich die Daten aus der Magnetbandinhaltsliste gemäß den "Richtlinien für den beleglosen Datenträgere Austausch" ergeben.

Nummer 3

Die erste Inkassostelle ist - auch bei Verletzung dieses Abkommens und unbeschadet etwaiger Schadenersatzansprüche - verpflichtet, nicht eingelöste sowie wegen Widerspruchs des Zahlungspflichtigen zurückgegebene Lastschriften, die mit dem Vorlegungs- bzw. Widerspruchsvermerk versehen sind, zurückzunehmen und wieder zu vergüten; die erste Inkassostelle darf diese Lastschriften in keiner Form erneut zum Einzug geben.

Nummer 4

Die Zahlstelle kann für Rücklastschriften als Auslagenersatz und Bearbeitungsprovision eine Rücklastschriftgebühr entsprechend den in Nr. 2 der Anlage genannten Höchstsätzen verlangen. Vereinbarungen der Kreditinstitute mit dem Zahlungsempfänger bzw. Zahlungspflichtigen über die Erhebung von Gebühren werden durch dieses Abkommen nicht berührt.

Nummer 5

Bei der Verrechnung von Rücklastschriften wird jede Stelle, über die die Rücklastschriftrechnung läuft, mit der Tageswertstellung für Einzugslasten belastet. Im übrigen gelten die Bestimmungen in Nr. 3 der Anlage.

Nummer 6

Einzelheiten über die Rückgabe, Rückrechnung und Eilnachricht regeln die "Ergänzenden Bestimmungen für die Rückgabe und Rückrechnung nicht eingelöster bzw. wegen Widerspruchs des Zahlungspflichtigen zurückzugebender Lastschriften" (Anlage).

Abschnitt III

Nummer 1

Lastschriften, die als Einzugsermächtigungs-Lastschriften gekennzeichnet sind, kann die Zahlstelle auch zurückgeben und deren Wiedervergütung verlangen, wenn der Zahlungspflichtige der Belastung widerspricht. Die Zahlstelle hat unverzüglich, nachdem sie von dem Widerspruch Kenntnis erlangt hat, die Lastschrift mit dem Vermerk nach Abschnitt I, Nr. 7, Absatz 3 zu versehen und zurückzugeben.

Nummer 2

Die Rückgabe und Rückrechnung ist ausgeschlossen, wenn der Zahlungspflichtige nicht binnen sechs Wochen nach Belastung widerspricht. Schadensersatzanspruch im Sinne der Regelung in Abschnitt I, Nr. 4 bleiben hiervon unberührt.

Nummer 3

- (1) Im übrigen gelten die Bestimmungen unter Abschnitt II entsprechend.
- (2) Die Eilnachricht entsprechend Abschnitt II, Nr. 2, über die Rückgabe einer Lastschrift wegen Widerspruchs hat bis zu den in Nr. 4 der Anlage genannten Zeitpunkt des auf den Zugang des Widerspruchs folgenden Geschäftstages zu erfolgen.

Anhang 2

Vereinbarung über den Einzug von Forderungen mittels Lastschriften

1. Der Zahlungsempfänger ist berechtigt, fällige Forderungen, für deren Geltendmachung nicht die Vorlage einer Urkunde erforderlich ist, mittels Lastschriften einzuziehen.
2. Der Zahlungsempfänger verpflichtet sich, Lastschriften, die den Aufdruck "Einzugsermächtigung des Zahlungspflichtigen liegt dem Zahlungsempfänger vor" tragen, nur dann zum Einzug einzureichen, wenn ihm eine schriftliche Einzugsermächtigung des Zahlungspflichtigen vorliegt. Er verpflichtet sich ferner, für Einzugsermächtigungen nur den aus der Anlage ersichtlichen Mustertext zu verwenden und der Bank auf Verlangen die Einzugsermächtigung zur Einsicht vorzulegen.
3. Der Zahlungsempfänger wird nur Lastschriftvordrucke verwenden, die den Richtlinien für die Herstellung einheitlicher Lastschriftvordrucke entsprechen.
4. Auf Lastschriften angegebene Fristen und Termine für Fälligkeit, Vorlage und Rückgabe gelten als nicht geschrieben. Teilzahlungen auf Lastschriften sind ausgeschlossen.
5. Regelmäßig einzuziehende Kleinbeträge sind zu viertel- oder halbjährlichem Einzug zusammenzufassen, so daß sich nach Möglichkeit ein Einzugsbetrag von mindestens DM 10,- je Lastschrift ergibt.
6. Lastschriften sind der Bank mit einem rechtsverbindlich unterzeichneten Sammeleinzugsauftrag einzureichen. Einen Vordruck hierfür stellt die Bank auf Wunsch zur Verfügung.

7. Der Gesamtbetrag der einzuziehenden Forderung wird dem Konto des Zahlungsempfängers "Eingang vorbehalten", Wert Arbeitstag nach Einreichung, gutgeschrieben.
8. Für nicht eingelöste Lastschriften werden eine Rücklastprovision und Ersatz der durch die Rücklastschrift entstandenen eigenen und fremden Auslagen berechnet.
9. Der Zahlungsempfänger erklärt sich mit der Rückbelastung nicht eingelöster Lastschriften mit der Einreichungswertstellung einverstanden. Das gilt auch für die Rückbelastung von Lastschriften, die auf einer Einzugsermächtigung beruhen und für die der Zahlungspflichtige nach Belastung des Einzugsbetrages auf seinem Konto Wiedergutschrift verlangt, weil er die Belastung des Einzugsbetrages nicht anerkennt.
10. Lastschriften, die zurückbelastet worden sind (Ziff. 9), können nicht erneut zum Einzug eingereicht werden.
11. Alle Folgen des Abhandenkommens, der mißbräuchlichen Verwendung sowie der Fälschung und Verfälschung von Lastschriften trägt der Zahlungsempfänger. Die Bank haftet nur für nachgewiesenes Verschulden und nur in dem Maße, als sie im Verhältnis zu anderen Ursachen an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat.
12. Im übrigen gelten die ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN der Bank.

Anhang 3

Abbuchungsauftrag für Lastschriften

Hiermit bitte(n) ich/wir Sie widerruflich, die von
der

- Name des Zahlungsempfängers -

für mich/uns bei Ihnen eingehenden Lastschriften zu
Lasten meines/unseres

Kontos Nr. einzulösen.

Auf eingehende Lastschriften werden Teilzahlungen
nicht erbracht.

Anhang 4

Auszug aus den
Sonderbedingungen für den Lastschriftverkehr der
Sparkassen

I Gemeinsame Bestimmungen für Zahlungspflichtige und Zahlungsempfänger

1. Zweck

Im Lastschrift-Einzugsverkehr kann der Gläubiger (Zahlungsempfänger) über sein Kreditinstitut (erste Inkassostelle) sofort fällige Forderungen zu Lasten des Kontos seines Schuldners (Zahlungspflichtiger) bei dessen Kreditinstitut (Zahlstelle) mittels Lastschrift in der Weise einziehen, daß der Forderungsbetrag vom laufenden Konto des Zahlungspflichtigen abgebucht wird. Die Lastschrift kann beleglos oder beleggebunden sein.

5. Widerspruch im Einzugsermächtigungsverfahren

Wer im Rahmen des Einzugsermächtigungsverfahrens als Zahlungspflichtiger in Anspruch genommen wird, kann Belastungen widersprechen, wenn die für den Lastschrifteinzug notwendigen Voraussetzungen fehlen; dies gilt insbesondere, wenn eine Einzugsermächtigung nicht erteilt ist, wenn eine früher erteilte Einzugs-ermächtigung zurückgezogen worden ist, wenn der Zahlungsempfänger die ihm durch die Einzugsermächtigung erteilten Befugnisse überschritten hat oder wenn der Zahlungspflichtige gegenüber dem Zahlungsempfänger Gegenrechte geltend machen kann. Der Widerspruch ist unverzüglich gegenüber der Zahlstelle zu erklären.

Anhang 5

Auszug aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken

I. Allgemeines

Das Geschäftsverhältnis zwischen Kunden und Bank ist ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis. Die Bank steht ihren Kunden mit ihren Geschäftseinrichtungen zur Erledigung verschiedenartigster Aufträge zur Verfügung. Der Kunde darf sich darauf verlassen, daß die Bank seine Aufträge mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes erledigt und dabei das Interesse des Kunden wahrt, soweit sie dazu im Einzelfall imstande ist. Die Mannigfaltigkeit der Geschäftsvorfälle, ihre große Zahl und die Schnelligkeit, mit der sie zumeist erledigt werden müssen, machen im Interesse der Rechtssicherheit die Aufstellung bestimmter allgemeiner Regeln erforderlich.

2.

(2) Unterhält der Kunde mehrere Konten, so bildet jedes Kontokorrentkonto ein selbständiges Kontokorrent. Bevorrechtigte Forderungen kann die Bank trotz Einstellung in das Kontokorrent selbständig geltend machen.

10.

(1) Die Bank kann bankmäßige Auskünfte, und zwar auch über die Kreditwürdigkeit und die Zahlungsfähigkeit des Kunden (Kreditauskünfte), erteilen. Bei mündlich erteilten Kreditauskünften über Kunden oder Dritte behält sich die Bank eine unverzügliche schriftliche Bestätigung vor, deren Inhalt sodann maßgeblich ist.

14.

(1) Die Bank erteilt mindestens einmal jährlich Rechnungsabschlüsse.

(3) Nimmt ein Kunde Kredit ohne ausdrückliche Vereinbarung oder über den vereinbarten Betrag oder über den vereinbarten Termin hinaus in Anspruch (Kontoüberziehung), so hat er statt etwa vereinbarter niedrigerer Zinsen oder sonstiger Entgelte die von der kontoführenden Stelle der Bank im Rahmen des § 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches für Überziehungen bestimmten Zinsen und sonstigen Entgelte zu tragen.

15.

Der Kunde hat Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen sowie sonstige Abrechnungen und Anzeigen auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen. Einwendungen gegen Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen sind innerhalb eines Monats seit Zugang abzusenden; sonstige Einwendungen sind unverzüglich zu erheben. Die Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung; die Bank wird bei Rechnungsabschlüssen und Wertpapieraufstellungen sowie sonstigen Abrechnungen und Anzeigen auf die Folge der Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen besonders hinweisen. Gesetzliche Ansprüche des Kunden bei begründeten Einwendungen nach Fristablauf bleiben jedoch unberührt.

17.

Der Kunde und die Bank dürfen mangels anderweitiger Vereinbarung nach freiem Ermessen die Geschäftsverbindung im ganzen oder einzelne auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehungen einseitig aufheben. Auch bei einer anderweitigen Vereinbarung ist dieses Recht gegeben, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; die Bank

kann dieses Recht insbesondere dann ausüben, wenn der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögenslage gemacht hat, wenn eine wesentliche Verschlechterung seines Vermögens oder eine erhebliche Vermögensgefährdung eintritt oder wenn der Kunde seiner Verpflichtung zur Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten nach Anforderung durch die Bank nicht innerhalb angemessener Frist nachkommt.

19.

(1) Die Bank hat dem Kunden gegenüber jederzeit Anspruch auf die Bestellung oder Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten auch soweit sie bedingt oder befristet sind.

(2) Die in den Besitz oder die Verfügungsgewalt irgendeiner Stelle der Bank gelangten oder noch gelangenden Sachen und Rechte, einschließlich der Ansprüche des Kunden gegen die Bank selbst, dienen als Pfand für alle bestehenden und künftigen - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche der Bank gegen den Kunden. Dieses Pfandrecht besteht auch für Ansprüche gegen den Kunden, die von Dritten auf die Bank übergehen, und für Ansprüche der Bank gegen Firmen oder Gesellschaften, für deren Verbindlichkeiten der Kunde persönlich haftet. Es macht keinen Unterschied, ob die Bank den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz, die tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt über die Gegenstände erlangt hat.

(4) Die Bank kann ferner ihr obliegende Leistungen an den Kunden wegen eigener - auch bedingter oder befristeter - Ansprüche zurückhalten, auch wenn sie nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen.

(5) Über die Erhaltung und Sicherung aller der Bank als Sicherheit dienenden Sachen und Rechte sowie über den Einzug der ihr haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden hat der Kunde selbst zu wachen und die Bank entsprechend zu unterrichten.

41.

(1) Schreibt die Bank den Gegenwert von zum Einzug eingereichten Einzugspapieren (z.B. Wechsel, Schecks, Lastschriften) schon vor Eingang gut, so geschieht dies unter dem Vorbehalt des Eingangs, und zwar auch dann, wenn das Einzugspapier bei der Bank zahlbar ist.

(2) Lastschriften und vom Kunden ausgestellte Schecks sind erst eingelöst, wenn die Belastung nicht spätestens am zweiten Buchungstag nach der Belastungsbuchung storniert wird.

42.

(5) In allen Fällen der Zurückbelastung von Wechsel und Schecks verbleiben der Bank die wechsel- oder scheckrechtlichen Ansprüche auf Zahlung des vollen Betrages der Wechsel und Schecks mit Nebenforderungen gegen den Kunden und jeden aus dem Papier Verpflichteten bis zu Abdeckung eines etwa vorhandenen Schuldsaldos.

44.

Erhält die Bank Wechsel, so gehen zugleich die am Wechsel oder seinem Erwerb durch den Kunden zugrundeliegenden Forderungen sowie alle bestehenden und künftigen Rechte aus den betreffenden Geschäften auf die Bank über. Der Kunde ist verpflichtet, der Bank auf Verlangen eine Übertragungsurkunde zu erteilen. Soweit die für die Forderungen und Rechte bestehenden Sicherheiten nicht nach Satz 1 auf die Bank übergehen, kann die Bank deren Übertragung auf sich verlangen. Entsprechendes gilt bei anderen Einzugspapieren, namentlich bei Schecks, Lastschriften, Anweisungen und Rechnungen.

Lebenslauf

Ich wurde als erstes Kind des Diplom-Kaufmanns Günther Remmerbach und seiner Ehefrau Erika, geb. Becker, am 29. November 1956 in Uetersen, Kreis Pinneberg, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach vierjähriger Grundschulzeit von 1963 - 1967 besuchte ich das mathematisch-naturwissenschaftliche Ratsgymnasium in Stadthagen, an dem ich am 28. April 1975 die Reifeprüfung ablegte.

Nach Beendigung des Wehrdienstes nahm ich zum Wintersemester 1976/77 die Studien der Psychologie und der Betriebswirtschaftslehre an der Ludwig-Maximilians-Universität in München auf.

Im Wintersemester 1977/78 wechselte ich an die Westfälische Wilhelms-Universität nach Münster und begann, Rechtswissenschaften zu studieren.

Von Oktober 1979 bis Juni 1980 war ich für zwei Semester an der Universität von Lausanne eingeschrieben.

Am 22. Januar 1983 legte ich die Erste juristische Staatsprüfung bei dem Oberlandesgericht in Hamm ab.

Die vorliegende Arbeit fertigte ich von April 1983 bis Mai 1984 an.

Seit dem 1. Juni 1984 befinde ich mich in dem Vorbereitungsdienst der Freien und Hansestadt Hamburg.

